REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 4 – ANO 1

JULHO E AGOSTO DE 2014

As íntegras aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto aos órgãos responsáveis do Tribunal.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador SÉRGIO JACINTHO GUERRIERI REZENDE

Desembargador ALBERTO GENTIL DE ALMEIDA PEDROSO NETO
Desembargador ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP
Desembargador RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS DE DIREÇÃO E DE CÚPULA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Decano
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE

ÓRGÃO ESPECIAL

Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
WALTER de Almeida GUILHERME
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Hamilton ELLIOT AKEL
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
MÁRCIO Orlando BÁRTOLI
JOÃO CARLOS SALETTI
ROBERTO Mário MORTARI
LUIZ Antonio AMBRA
FRANCISCO Antonio CASCONI

José RENATO NALINI
PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
VANDERCI ÁLVARES
José Henrique ARANTES THEODORO
Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
EROS PICELI
ANTONIO CARLOS VILLEN
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
LUIZ ANTONIO DE GODOY
José Roberto NEVES AMORIM
Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Decano
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador EROS PICELI***
Desembargador ARTUR MAQUES da Silva Filho
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO**
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargador LUÍS GERALDO SANT ANA LANFREDI*
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

1ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador PAULO Eduardo RAZUK
Desembargador RUI CASCALDI
Desembargadora CHRISTINE SANTINI***
Desembargador CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY**
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR**

2ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador José Roberto NEVES AMORIM***
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI**
Desembargador GUILHERME SANTINI TEODORO*
Desembargadora MÁRCIA TESSITORE*

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 509)

3ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI***
Desembargador Artur Cesar BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador EGIDIO Jorge GIACOIA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargador JOÃO PAZINE NETO
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI***
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALAS 510 E 511)

5ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Carlos MATHIAS COLTRO
Desembargador ERICKSON GAVAZZA MARQUES***
Desembargador JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIROZ**
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ*

6ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VITO José GUGLIELMI***
Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargadora ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI**
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

7ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO SILVA COSTA
Desembargador MIGUEL ANGELO BRANDI JÚNIOR***
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI
Desembargador Henrique NELSON CALANDRA
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA**
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**

8ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI***
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 6º ANDAR — (SALA 612)

9ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador MAURO CONTI MACHADO***
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargadora LUCILA TOLEDO PEDROSO DE BARROS**
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN*
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO*
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

10ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI***
Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador CÉSAR CIAMPOLINI NETO
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador ROBERTO MAIA FILHO**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 622) — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

11ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GILBERTO PINTO DOS SANTOS***
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador ALBERTO MARINO NETO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador RÔMOLO RUSSO JÚNIOR**

12ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de Souza
Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE***
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES
Desembargador TASSO DUARTE DE MELLO
Desembargadora LIDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargadora MÁRCIA CARDOSO*

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

13ª Câmara de Direito Privado (sala 621/623 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargadora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES
Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN
Desembargadora ANA DE LOURDES Coutinho Silva da Fonseca
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO***
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**

14ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI***
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargador MAURICIO PESSOA
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 504 OU 509)

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador Manoel MATTOS FARIA
Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Antonio Mario de CASTRO FIGLIOLA***I
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Júnior
Desembargador SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO**
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*

16ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador LUÍS FERNANDO Balieiro LODI***

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

17ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA***
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

18ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira***
Desembargador WILLIAM MARINHO de Faria
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembaragdor WALTER ALEXANDRE MENA
Desembargadora CLARICE SALLES DE CARVALHO ROSA**

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

19ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador SEBASTIÃO Alves JUNQUEIRA
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador MÁRIO CARLOS DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***

20ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÁLVARO TORRES JÚNIOR***
Desembargador Luiz CORREIA LIMA
Desembargador LUIS CARLOS DE BARROS
Desembargador Manoel Ricardo REBELLO PINHO
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Júnior

11º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 622/510)

21ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 2ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO***
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA

22ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN***
Desembargador THIERS FERNANDES LOBO
Desembargador SÉRGIO RUI DA FONSECA
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/510)

23ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE***
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador SERGIO SEIJI SHIMURA
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho

24ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR
Desembargador ERSON Teodoro de OLIVEIRA***
Desembargador LUIZ Roberto SABBATO
Desembargadora CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES**

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

25ª Câmara de Direito Privado (sala 623 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VANDERCI ÁLVARES
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador WALTER CÉSAR Incontri EXNER***
Desembargador HUGO CREPALDI NETO
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**

26ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO
Desembargador JOSÉ PAULO CAMARGO MAGANO*
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR*

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI***
Desembargador CLAUDIO HAMILTON BARBOSA
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador José Joaquim MARCONDES MALERBI
Desembargador SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO**

28ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargador CÉSAR LACERDA
Desembargador MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO***
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA
Desembargadora BERENICE MARCONDES CÉSAR
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 232/236)

29ª Câmara de Direito Privado (salas 232/236 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador FRANCISCO THOMAZ de Carvalho Júnior
Desembargadora SILVIA ROCHA***
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN
Desembargadora HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**

30ª Câmara de Direito Privado (salas 218/220 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ORLANDO PISTORESI
Desembargador José Roberto LINO MACHADO
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MONICA SALLES PENNA MACHADO**

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 510) —QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI***
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador Armando Sérgio PRADO DE TOLEDO
Desembargador ADILSON DE ARAÚJO

32ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RUY COPPOLA***
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

33ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador EROS PICELI
Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE***
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador CARLOS NUNES Neto
Desembargador MÁRIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

34ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargador NESTOR DUARTE
Desembargadora ROSA MARIA Barreto Borriello DE ANDRADE NERY
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

35ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho***
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME
Desembargador ANTONIO CARLOS MARAIS PUCCI
Desembargador LEONEL CARLOS DA COSTA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

36ª Câmara de Direito Privado (salas 601/602 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Luís PALMA BISSON
Desembargador JAYME QUEIROZ Lopes Filho
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA***
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA OU QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504 OU 511)

37ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO***
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador PEDRO YUKIO KODAMA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

38ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO LUIZ SASTRE REDONDO
Desembargador EDUARDO ALMEIDA PRADO ROCHA DE SIQUEIRA
Desembargador FLÁVIO Cunha da SILVA
Desembargador MAURY Ângelo BOTTESINI
Desembargador CESAR SANTOS PEIXOTO**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 5ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI***
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY**
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 510 — 2ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de Souza***
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO (Resolução nº 643/2014)

4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador Mauro CONTI MACHADO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA

5ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ÊNIO Sanatarelli ZULIANI
Desembargador NATAN ZELINSCHI de Arruda
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN**

6ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**

7ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

8ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**
Desembargador FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembragador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**

9ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador Armando Sérgio PRADO DE TOLEDO
Desembargador ADILSON DE ARAÚJO
Desembargador Luís FERNANDO NISHI

10ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador MÁRIO ANTONIO DA SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA

11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargadora ROSA MARIA Barreto Borriello DE ANDRADE NERY
Desembargador LEONEL CARLOS DA COSTA
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO

12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho*
Desembargador EROS PICELI
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR**
Desembargadora MARIA LÚCIA RIBEIRO DE CASTRO PIZZOTTI MENDES**
Desembargador TERCIO PIRES**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

1ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ***
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador José RENATO NALINI
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI**

2ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO***
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI***
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE
Desembargador CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI**
Desembargador LUÍS GERALDO SANT ANA LANFREDI*

3ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos MALHEIROS***
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador RONALDO ALVES DE ANDRADE**
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

4ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
Desembargador RICARDO Santos FEITOSA
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI***
Desembargadora ANA Luiza LIARTE
Desembargador LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL**

5ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior***
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

6ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Desembargador Decio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargador SIDNEY ROMANO dos Reis
Desembargador REINALDO MILUZZI***
Desembargadora MARIA OLÍVIA PINTO ESTEVES ALVES
Desembargadora SILVIA Maria MEIRELLES Novaes de Andrade**

7ª Câmara de Direito Público (sala 504 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador MOACIR Andrade PERES
Desembargador Sergio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO***
Desembargador EDUARDO CORTEZ DE FREITAS GOUVÊA
Desembargador LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

8ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOÃO CARLOS GARCIA***
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador JOSÉ JARBAS DE AGUIAR GOMES
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**
Desembargador MANOEL LUIZ RIBEIRO*

9ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO***
Desembargador JOÃO BATISTA MORATO REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

10ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos VILLEN
Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO***
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA
Desembargador MARCELO SEMER**

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador Pedro Cauby PIRES DE ARAÚJO
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA***
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

12ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA
Desembargador LUIZ BURZA NETO
Desembargador VENÍCIO Antônio de Paula SALLES
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

13ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador José Roberto PEIRETTI DE GODOY
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Junior***
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

14ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araujo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO AUGUSTO MACHADO DE BARROS FILHO***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**
Desembargador MAURICIO FIORITO**
Desembargador RODOLFO CÉSAR MILANO*
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO*

15ª Câmara de Direito Público (sala 622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO***
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ARTHUR DEL GUÉRCIO Filho
Desembargador ALUÍSIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**

18ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO CAPRARO
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães Peret Filho
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA
Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI***
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI**
Desembargador JOSÉ LUIZ DE CARVALHO*

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

16ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI***
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA JÚNIOR
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI**
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA**
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*

17ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO José Martins MOLITERNO
Desembargador RICARDO GRACCHO
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida Pedroso Neto***
Desembargador NELSON Paschoal BIAZZI Júnior
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 604 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargadora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO***
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 232/236 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade***
Desembargador VERA Lucia ANGRISANI
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ÁLVARO AUGUSTO DOS PASSOS

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resolução nº 639/2014)

1ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 604 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Henry Marques DIP***
Desembargador VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI

2ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 504 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI***
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI**
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**

3ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 202 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

1ª Câmara de Direito Criminal (sala 601/602 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior***
Desembargador MÁRCIO Orlando BÁRTOLI
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador Mário DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA

2ª Câmara de Direito Criminal (sala 604 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador IVAN MARQUES da Silva
Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO DE SOUZA
Desembargador ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI***
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

3ª Câmara de Direito Criminal (salas 407/425 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Luis WOHLERS Silveira***
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador LUIZ TOLOZA NETO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador CESAR MECCHI MORALES

4ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUIS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho***
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador EDSON Aparecido BRANDÃO

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

5ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS***
Desembargador JUVENAL José DUARTE

6ª Câmara de Direito Criminal (salas 601/602 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA***
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador ANTONIO CARLOS MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220)

7ª Câmara de Direito Criminal (salas 218/220 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ROBERTO Mário MORTARI***
Desembargador JAIR MARTINS
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador MARCO ANTONIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA
Desembargador LOURI Geraldo BARBIERO***
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO
Desembargador ALCIDES MALOSSI JÚNIOR
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

9ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador Antonio ROBERTO MIDOLLA
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador ROBERTO Caruso Costablle e SOLIMENE
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

10ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA***
Desembargador Francisco José GALVÃO BRUNO

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 504/506 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargadora MARIA TEREZA DO AMARAL
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho***

12ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos VICO MAÑAS
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI
Desembargadora ANGÉLICA de Maria Mello DE ALMEIDA
Desembargador PAULO Antonio ROSSI***
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

13ª Câmara de Direito Criminal (sala 403 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador RENÊ RICUPERO
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA***
Desembagador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER***
Desembargador WALTER DA SILVA
Desembargador MARCO ANTONIO DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220) OU QUINTA-FEIRA — (SALA 609)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME***
Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador HELIO MARQUES DE FARIA

16ª Câmara de Direito Criminal (sala 218/220 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador ALBERTO Viégas MARIZ DE OLIVEIRA
Desembargador José Ruy BORGES PEREIRA
Desembargador NEWTON DE OLIVEIRA NEVES
Desembargador Otávio Augusto de ALMEIDA TOLEDO***
Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA

CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 590/2013)

1ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (sala 609 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior***
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

2ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (salas 232/236 — 6ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO***
Desembargador RENÊ RICUPERO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

3ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (salas 232/236 — 5ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY***
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador SILMAR FERNANDES**
Desembargador CASSIANO RICARDO ZORZI ROCHA**
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**
Desembargadora IVANA DAVID**

4ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (sala 218/220 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho***
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador César Augusto ANDRADE DE CASTRO**

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

PJ – Palácio da Justiça (Praça da Sé s/nº)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Nelson Jorge Júnior
Rômolo Russo Júnior
Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes
Flávio Abramovici
Vicente de Abreu Amadei
Silmar Fernandes
Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho
Antonio Tadeu Ottoni
Flora Maria Nesi Tossi Silva
Cláudio Luiz Bueno de Godoy
José Roberto Furquim Cabella
Milton Paulo de Carvalho Filho
Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira
Samuel Francisco Mourão Neto
Denise Andréa Martins Retamero
Cláudio Augusto Pedrassi
Edson Luiz de Queiroz
Roberto Maia Filho
Cassiano Ricardo Zorzi Rocha
Ronaldo Alves de Andrade
Walter Rocha Barone
Aguinaldo de Freitas Filho
Marcelo Fortes Barbosa Filho
Lucila Toledo Pedroso de Barros
Kenarik Boujikian Felippe
João Batista Amorim de Vilhena Nunes
Alcides Leopoldo e Silva Júnior
José Maria Câmara Júnior
Amable Lopez Soto
Ramon Mateo Júnior
Carlos Vieira Von Adamek
Cláudio Antonio Marques da Silva
Márcia Regina Dalla Déa Barone
Maurício Valala
Hamid Charaf Bdine Júnior
Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
Cesar Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida

Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
Cesar Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida
Marcelo Coutinho Gordo
Gilson Delgado Miranda
Fábio Henrique Podestá
Luís Augusto de Sampaio Arruda
Eduardo Crescenti Abdalla
César Augusto Andrade de Castro
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes
Aloisio Sérgio Rezende Silveira
Nuncio Theophilo Neto
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
Monica Salles Penna Machado
Lauro Mens de Mello
Ana Lucia Romanhole Martucci
Ricardo Cunha Chimenti
José Henrique Fortes Muniz Júnior
Ivana David
Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Lidia Maria Andrade Conceição
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Clarice Salles de Carvalho Rosa
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira
César Luiz de Almeida
José da Ponte Neto
Marcelo Lopes Theodosio
Rosangela Maria Telles
Iasin Issa Ahmed
Laerte Marrone de Castro Sampaio
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Osni Assis Pereira
Heloisa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz

DOUTRINA

UM PROJETO DE CULTURA

SIDNEY ROMANO DOS REIS

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo
Membro da Comissão de Organização Judiciária

Cultura (do latim colere, que significa cultivar) é um conceito de várias acepções, sendo a mais corrente a definição genérica formulada por Edward B. Tylor (in Primitive Culture, London, 1920, Murray), segundo a qual cultura é "todo aquele complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, a lei, os costumes e todos os outros hábitos e capacidades adquiridos pelo homem como membro da sociedade".

Acolhida a definição genérica, tudo que o ser humano pode reunir, em termos de conhecimento ou esclarecimento, é-lhe útil à formação de sua própria cultura.

Neste diapasão, há que se pensar em diferençar aquilo que concerna ao conhecimento ou esclarecimento voltado para o desenvolvimento de um interesse profissional, daquilo que seja útil para a formação do patrimônio cultural genérico, que tenha por finalidade não apenas a sede ou a curiosidade do mais saber, mas também a saciedade do próprio ser em sua espiritualidade intrínseca, sempre voltado à procura do bom e do belo.

Todos os seres, ainda os mais desprovidos de conhecimento ou de instrução, possuem, no entanto, a capacidade inata de recolher proveito com essa busca. Mesmo sendo previsível que, ao primeiro contato, possa não haver imediata conexão intelectual, isso, não obstante, não pode significar esgotamento de iniciativas ou oportunidades que os levem a apreciar e entender algo, como parte essencial da formação e desenvolvimento de suas faculdades estéticas, com vistas ao aprimoramento do seu eu.

Doutrina
Acesso ao Sumário

Cultura forma-se, de um lado, por esforços próprios alimentados por curiosidade ou necessidade, e de outro pela possibilidade de participação em eventos que sejam nitidamente de cunho cultural, que possam acrescentar algo de efetivo a essa busca incessante, tão viva quanto o tempo que possa o homem durar. Sua existência não tem significado sem a vontade desse aprimoramento, desse enriquecimento, tanto quanto necessite ele de outros bens e satisfações da vida nos seus aspectos multifacetários, incluindo-se aí família e sociedade.

Dentre esses eventos culturais, a que todos podem ter acesso, encontram-se aqueles voltados à difusão, conhecimento e especialização em manifestações humanas que, tendo como ratio essendi o conceito de beleza estética, satisfaçam todos os sentidos, mas em especial que possibilitem o gozo de sentimentos nobilitantes que realmente os tornem melhores como seres.

Evidente que o direcionamento dessas atividades culturais alimenta-se pela apresentação de acontecimentos que, sob qualquer forma, ultrapassem as esferas de acesso limitadas de possibilidades individuais e, qualquer que seja seu veículo, tudo é sempre uma oportunidade de elucidação, de soma e de satisfação pessoal.

No âmbito do Poder Judiciário, cujos partícipes, de qualquer escalão ou grau de atribuição, lidam não só com a prestação de serviço público indispensável à sociedade, mas com os nobres valores do fazer Justiça e propiciá-la, causava espanto e desconforto que não se tivesse atinado para a necessidade imperiosa e inadiável de conceder aos mesmos todas as oportunidades possíveis para esse aprimoramento, posto que se a especialização e formação profissional sejam corolários próprios e inafastáveis da melhoria e celeridade da prestação jurisdicional, não é menos certo que somente através disso não se permite a construção de individualidades melhores.

Acesso ao Sumário

E não se pode olvidar que a somatórias das experimentações culturais servem ao intelecto também de forma mais positiva naquilo que se refira à própria exploração de uma atividade profissional.

É, pois, com verdadeiro alento que se verifica como vem a Egrégia Presidência do nosso Tribunal dando atenção a isso, sendo já de todos conhecidos os variados eventos já levados a efeito, mormente no campo das artes em geral. Realizam-se em horários perfeitamente coerentes, com acesso a

todos os interessados, inclusive os de fora das fileiras judiciárias.

Tendo isso em mente, retomo a ideia de levarmos a cabo, periodicamente, e sem solução de continuidade, eventos audiovisuais ligados à música, aproximando os interessados daquilo que possa preencher lacunas de conhecimento e esclarecimento.

Como já antes feito, mas com a expectativa de agora desenvolver métodos mais didáticos e objetivos, pensa-se na exibição de apresentações de diversos gêneros musicais, não apenas daquela que alguns denominam como música erudita, precedidas de curtas palestras sobre os aspectos mais relevantes, desde o contexto da obra em si, como sobre compositor, seus executores, fontes de pesquisa, inclusive com a indicação daquelas versões que possam servir como manancial de pesquisa.

A isso me proponho, com toda a humildade, colocando-me à disposição com o afã de levar adiante tal projeto para, com a ajuda e apoio de todos os interessados, tentar trazer uma achega de preenchimento cultural, sem dúvida enriquecedora, sob qualquer dimensão, mormente quando temos, em nossa sede de gabinetes a infraestrutura que nos é facilitada pelo Teatro. Um grande espaço que tem sido muito pouco utilizado, infelizmente.

Considero seja útil distribuição de material aos interessados, contendo o essencial para uma reflexão e pesquisa.

Há centenas, talvez milhares de eventos em que possamos deitar nossa atenção, sem excluir, à evidência, apresentações ao vivo, com grupos musicais das mais variadas especialidades.

Fica lançada a ideia, que auguro possa germinar e tornar-se realidade, para que alguns espaços de beleza e arte venham a se tornar habituais em nossas vidas.

Acesso ao Sumário

DIVAGAÇÕES SOBRE O AMOR.

JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Mestre em Filosofia pela Faculdade de São Bento
Doutorando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica

Resumo. O amor humano é o desejo que temos da posse de alguém ou algo que nos falta (amor carência). O amor de Deus não é por carência, Deus ama por abundância (amor abundância). Em todos os momentos de sua vida individual ou social, o ser humano se depara com a via dupla do amor e do desamor, do bem e do mal. Cabe-lhe a escolha por um dos dois caminhos, escolha difícil e por demais pesada para seus ombros frágeis.

1. *Introdução*. O amor pode ser definido como o desejo do amante de obter e manter a posse de um bem, quer seja ele próprio o ente amado quer seja qualquer outro ente real ou imaginário que não ele próprio, ou uma mera situação existencial (bem-estar social, por exemplo). Mas dizer que o amor é desejo de união entre dois entes ou entre um ente e si próprio, ou o desejo do gozo de uma certa situação, deixa subentendido o desejo de união de vários entes entre si, ou de vários entes tendo por objeto um bem comum: neste último caso, duas pessoas ou mais pessoas desejam o mesmo bem, que pode ou não suprir sua falta em todos ou em alguns ou algum dos entes amantes.

O ente ama outro ente de categoria superior à sua (o ser humano ama a Deus), da mesma categoria que a sua (ser humano amante de outro ser humano), ou de categoria inferior à sua (o ser humano ama o gato, ama o cachorro; ama a rosa, ama a hortênsia; ama os entes inanimados: o ar, a água, a terra, o fogo, o cigarro, etc.).

Como Deus, porque ser perfeito, exerce sua existência em plenitude,

Acesso ao Sumário

não necessita, ontologicamente, ser amado; tampouco necessita amar outro ser que não seja ele mesmo. Em contrapartida, Deus é o ser amabilíssimo: o mais amável entre todos os seres; também é amantíssimo, o que mais ama, mas seu amor não é o desejo de algo ou de alguém que lhe falte, mas o amor do único ser que ama por abundância. Por isso, a razão acolhe o preceito evangélico: amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a mim mesmo.

2. *Casos de amor*. O amar ao próximo como a si mesmo implica, na terminologia restaurada por Michel Foucault, o cuidado de si e o cuidado do outro, o que, por sua vez, implica cuidado com a Natureza, com o Universo, com a Terra, e, sem dúvida, com o exercício do poder sobre a saúde física e mental dos seres humanos e (por que não?) dos animais (na terminologia foucaultiana, *biopoder*), o que também implica cuidado com o exercício, em geral, do poder politico (*macrofísica* do poder) e dos poderes espalhados em incontáveis instituições econômicas, sociais e religiosas, entre outras (como especialmente a família, os reformatórios e as prisões), que, mesmo com o melhor dos objetivos, impedem as *multidões* (Negri) *de cumprirem sua essência humana, isto é, de virem a ser o que, ontologicamente, são.*

Vários caminhos tem o amor: caminhos de vida e caminhos de morte (parafraseando Vinícius de Moraes, *muitos são os descaminhos desta vida; para o poeta "muitos são os perigos desta vida"*). Logo, tem sentido falar em verdadeiro e em falso amor. Verdadeiro amor é o que provoca o crescimento existencial dos envolvidos na relação amorosa, os quais caminham em direção à concretização de suas essências nas condições de espaço e tempo nas quais estejam. Falso amor, ao contrário, é o relacionamento amoroso que reduz a *humanidade* de um ou mais participantes da relação amorosa.

O bandido que mata um ser humano para apropriar-se do dinheiro que este portava revela um amor pelo objeto do crime maior do que a simples consideração pela vida alheia, bem como pelas vidas relacionadas com o morto, as quais sofrerão as consequências da da morte provocada. Trata-se, pois, de um falso amor, pois o amor verdadeiro atua sopesando os valores em causa, colocando-os em equilíbrio, numa visão hierárquica da importância de cada um: na escala de valores, a vida tem mais valor do que o dinheiro; além disso, o direito de propriedade do próximo deve ser respeitado do mesmo modo que ele deve respeitar o direito de propriedade dos seus próximos (sem prejuízo de que o próprio direito de propriedade e seu exercício possam ser discutidos). O homem viciado em ingerir bebida alcoólica ama bebê-la, mas seu amor também é falso: em primeiro lugar, não há amor sem liberdade, a qual, no caso referido, está tolhida pelo vício, que não deixa o viciado agir contra o seu desejo; em segundo lugar, em vez de crescer em *humanidade*, dela decresce.

O homem que se atira em um rio caudaloso, com risco de morte, para salvar a vida de um jovem imprudente que tenha se aventurado a uma façanha

Acesso ao Sumário

para a qual não estava devidamente preparado, age movido por verdadeiro amor à situação que advirá do eventual sucesso de seu ato: preservação de uma vida, alegria dos pais, dos demais parentes, dos amigos, dos vizinhos; mas, especialmente, age tomado por um súbito amor por aquele que se debate nas águas, a quem, talvez, esteja conhecendo no momento dos fatos.

O ser humano aprende aos poucos, com avanços e recuos, ao longo da sua vida histórica individual e coletiva, o que é, verdadeiramente, amar. Pode-se dizer, invocando Freud, que o processo civilizatório consiste na sublimação dos instintos, ou seja, no controle pelo ser humano das suas pulsões inatas à apropriação, seja qual for o custo disso, dos bens que estejam ao seu alcance. As regras de etiqueta, as normas morais, jurídicas e religiosas contra as quais muitas vezes nos insurgimos, porque tolhem nossa liberdade, são imprescindíveis, de um modo geral, ao exercício dessa mesma liberdade, de tal modo que toda a coletividade, e não apenas uma minoria, seja livre. Porém, depois de Marx, não podemos ser ingênuos: as mesmas normas que possibilitam, idealmente, a todos, o exercício da liberdade, camuflam a inviabilidade de exercerem seus direitos os que não tenham capacidade econômica para tanto. Como se vê, o processo civilizatório não se faz apenas com normas de controle social, mas também com *juízo crítico* sobre a função que elas exercem na sociedade: se apontam na direção de um povo livre ou de um povo subjugado por uma minoria livre. O *juízo crítico* é necessário ao amor para que este não se descaracterize em sentimentalismo inócuo (Foucault).

No curso de sua história, a humanidade foi tomando consciência de sua dignidade inscrita nos conceitos de *animal racional*, de *animal politico* (Aristóteles) ou de *animal social* (Tomás de Aquino): (Lebrun). No primeiro relato de Gênesis, depois de mencionar a bênção de Deus ao homem e à mulher e que Ele os criou "à sua imagem", o escritor bíblico noticia: "Deus viu tudo o que tinha feito: e era muito bom" (Gn, 1, 27-28 e 31). No relato que segue a tradição javista, está registrado que "os dois estavam nus, o homem e sua mulher, e não se envergonhavam" (Gn. 2,25. Após o *pecado original* (comer o fruto proibido) "abriram-se os olhos dos dois e perceberam que estavam nus" (Gn. 3, 7). O ato simbólico de comerem o fruto proibido revela a queda do ser humano na tentação de serem como deuses, "versados no bem e no mal" (disse a serpente à mulher: "Mas Deus sabe que no dia em que dele comerdes, vossos olhos se abrirão e vós sereis como deuses, versados no bem e no mal"; Gn. 3, 5). O escritor bíblico dá sua versão à origem do mal no mundo criado: a arrogância do ser humano, manifestada nos primórdios, de conhecer o bem e o mal, ambos somente conhecidos de fato pelo homem e pela mulher com a prática dos atos nos quais consistam (não esquecer que o ato de comer o fruto equivale à assimilação do mal ao próprio corpo de Adão de Eva, pois o que comemos alimenta nosso corpo). Nasce a desarmonia interior em cada ser

Acesso ao Sumário

humano, que, doravante, segundo o relato bíblico, terá propensão a anuir com o desejo de matar seu semelhante: "Por que estás muito irritado e por que teu rosto está abatido? Se estivesses bem disposto, não levantarias a cabeça? Mas se não estás disposto, não jaz o pecado à porta, como animal acuado que te espreita; podes acaso dominá-lo?" Entretanto, Caim disse a seu irmão Abel: "Saiamos". E, como estavam no campo, Caim se lançou sobre seu irmão Abel" (Gn 4, 6-8).

Essa digressão em torno do relato bíblico da introdução do pecado no mundo deixa claro como, pelo menos entre o povo judeu, o amor, ainda que não invocado explicitamente, vem sendo considerado fundamental nas relações dos seres humanos com Deus e no relacionamento dos seres humanos entre si. Ainda no Velho Testamento, estão compilados os *dez mandamentos* (Ex 20, 1-17), entre os quais os de honrar pai e mãe, de não matar, de não cometer adultério, de não roubar, de não apresentar testemunho mentiroso contra o próximo, de não cobiçar a mulher do próximo nem seus bens. No entanto, o ponto culminante do ensinamento do verdadeiro amor transmitido aos homens está, tenhamos ou não fé religiosa, acreditemos ou não que Jesus seja o Cristo, depositado no Novo Testamento. No evangelho segundo Mateus, Jesus proclama (5,20): "Com efeito, eu vos asseguro que se a vossa justiça não ultrapassar a dos escribas e a dos fariseus, não entrareis no Reino dos Céus". Por isso, *não basta não matar*, pois não apenas o assassino merece reprimenda, mas também "todo aquele que se encolerizar contra seu irmão", ou quem "chamar ao seu irmão 'Cretino' ou ''renegado'" (Mt 5, 22-23). Não basta não cometer adultério, pois "todo aquele que olha para uma mulher com desejo libidinoso já cometeu adultério com ela em seu coração" (Mt 5, 27-28). Jesus, que disse ter vindo cumprir plenamente a lei e não revogá-la, complementa a interpretação literal da lei: "Ouvistes o que foi dito: *Olho por olho, dente por dente*. Eu, porém, vos digo: não resistais ao homem mau; antes, àquele que te fere na face direita oferece-lhe também a esquerda; e àquele que quer pleitear contigo, para tomar-te a túnica, deixa-lhe também o manto; e se alguém te obriga a andar uma milha, caminha com ele duas. Dá ao que te pede e não voltes as costas ao que te pede emprestado" (Mt 5, 38-42). Por fim, o ápice da exigência de amor: "Ouviste o que foi dito; *Amarás o teu próximo e odiarás o teu inimigo*. Eu, porém, vos digo: amai vossos inimigos e orai pelos que vos perseguem; desse modo vos tornareis filhos do vosso Pai que está nos Céus, porque ele faz nascer o seu sol igualmente sobre os maus e bons e cair a chuva sobre justos e injustos" (Mt 5, 43-45). Mas é no evangelho de João que o amor aflora como a seiva da vida humana divinizada:

> "Assim como o Pai me amou
> também eu vos amei.
> Permanecei em meu amor.

Acesso ao Sumário

Se observais meus mandamentos
permanecereis no meu amor,
como guardei os mandamentos de meu Pai
e permaneço no seu amor.
Eu vos digo tudo isso
para que minha alegria permaneça em vós
e vossa alegria seja plena.
Este é meu mandamento:
amai-vos uns aos outros
como eu vos amei.
Ninguém tem maior amor
do que aquele que dá a vida por seus amigos" (Jo 15, 9-13).

O amor de Jesus é forte, enérgico, prático, efetivo: é o amor do Bom Samaritano (personagem de uma das parábolas contadas por Jesus a seus discípulos), que ao deparar com um homem desacordado na estrada, vítima de salteadores, socorreu-o, como exigiam as circunstâncias, tendo-o levado a uma estalagem, onde o hospedou para recuperar-se, tendo autorizado o estalajadeiro a cuidar dele como fosse preciso, sob sua responsabilidade econômica; um sacerdote e um levita, personagens importantes na comunidade judaica de então, já haviam passado pelo corpo inerte caído no chão, sem que tivessem tomado nenhuma providência para ajudar o homem ferido (Lc 10, 29-37).

Como se vê, o amor não é norma, embora seja o impulso propulsor da criação de normas sociais em diferentes níveis de imposição, compreendendo desde normas de etiqueta até os códigos penais de diferentes épocas e povos, com o crescimento, ao longo da história, da consciência do valor de cada ser humano. Sob este prisma, a história pode ser considerada a história da consciência do amor. Nesta perspectiva em que ora está sendo examinado, o amor acaba por confundir-se com o primeiro princípio da moralidade (*o bem deve ser feito e o mal deve ser evitado*), o qual pode ser traduzido para a expressão prescritiva ama verdadeiramente, uma vez que *ama verdadeiramente* quem faz o bem e evita o mal, e vice-versa. Além disso, trata-se de princípios aos quais o ser humano tem acesso cognoscitivo por inclinação, por *conaturalidade*, por intuição racional (Maritain), o que significa dizer que o conhecimento dos primeiros princípios da ação moral dos seres humanos é obtido diretamente, sem a interferência de princípios que lhes fossem anteriores (*sindérese*).

Acesso ao Sumário

Isso não quer dizer que as limitações próprias dos seres humanos não os desviem do verdadeiro bem (logo, do verdadeiro amor), tanto no curso de

sua história individual como de sua história coletiva. A pedra de toque do *livre arbítrio* humano está em poder praticar o bem (ou amar) e afastar-se do mal (ou do desamor); ou afastar-se do bem (ou do amor) e praticar o mal (ou não amar). Além disso, a fraqueza moral ou intelectual do ser humano o leva, na mesma constância com a qual o sol nasce a cada manhã e morre a cada entardecer, a chamar de bem ao mal e de mal ao bem. Os revolucionários quando pegam em armas para que seja parida, em sangue e em dor, uma nova ordem social, e, se necessário, instauram regime de terror para depuração de seus próprios quadros revolucionários, o fazem em nome de princípios, os quais, considerados em si mesmos, são bons (*liberdade, igualdade e fraternidade*: revolução francesa; *igualdade econômica:* revolução russa), sem contar a brutalidade de ação de seus inimigos, quando tiveram o poder político em suas mãos, e na ação contrarrevolucionária. As ditaduras que no século XX se instalaram em Portugal e na Espanha, e na América Latina, incluído o Brasil, se justificavam como necessárias ao combate do comunismo, por mais improvável que uma revolução comunista pudesse eclodir nesses países. Já as ditaduras do leste europeu justificavam-se como *ditaduras do proletariado* (Marx, Lênin), necessárias para evitar a retomada do poder pela burguesia. Mas nada nos tempos modernos equiparou-se ao nazi-fascismo, deliberadamente voltado à extinção de uma nação considerada composta por pessoas de uma raça inferior a uma suposta raça pura. Não se tratou de equívoco tático ou estratégico, tratou-se, pura e simplesmente, com perversidade, da qual os campos de concentração são a prova eloquente, de decisão tomada por homens detentores do poder de matar toda uma nação, de modo cruel e covarde. Talvez tenha sido, comparada com tantas atrocidades perpetradas pelo ser humano, a mais assustadora prova de que podemos nos transformar em monstros (que podemos também ser santos já nos mostraram o pagão Sócrates, o cristão Francisco de Assis, o indiano Gandhi, o espírita brasileiro Francisco Xavier e muitos outros, entre eles ateus, que deram a vida por seus irmãos: é possível esquecer a candura, ainda que politicamente equivocada, de Ernesto "Che" Guevara indo ao encontro da morte na Bolívia; de Jean-Paul Sartre, já velho e fisicamente exaurido, distribuindo jornal maoísta nas ruas de Paris; ou do pacifismo ativo de Bertrand Russel, participando de passeata com noventa e oito anos de idade?). Mas a ambivalência da condição humana, elevando o ser humano à sublimidade ou fazendo-o despencar em abismos sem fim, talvez se torne mais chocante quando põe frente à frente dois inimigos pelo amor de Deus (lembra-me um número da, hoje antiga, revista "Realidade", publicado pela Editora Abril, provavelmente no ano de 1968, com artigos dos pensadores católicos Gustavo Corção e Alceu Amoroso Lima sobre os movimentos estudantis daquele tempo agitado e cheio bravura juvenil – revolta dos estudantes em Paris, na Alemanha, no Brasil, enfim no mundo ocidental, sob o título genérico de "Dois Inimigos pelo amor de Deus").

Doutrina

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

As estruturas sociais permanecem injustas, principalmente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, bem como nas relações entre os países ricos e os países pobres. Em nosso país, por exemplo, há uma distância tão grande entre a maioria pobre e a minoria rica, e, mesmo, entre os mais pobres e os componentes da classe média, que é espantosa a paciência dos oprimidos, embora o elevadíssimo índice de crimes violentos contra a pessoa humana deixe entrever um clima de guerra civil não declarada e não estabelecida como tal por falta de interesse no arrebatamento do poder político pelas quadrilhas organizadas que atuam no território nacional, bem como diante da prevalência indiscutível da capacidade bélica do Estado sobre tais oponentes, contra os quais, todavia, o aparelhamento estatal de repressão tem demonstrado uma gritante falta de recursos e de preparo técnico para garantir a segurança pública em nível adequado à estabilidade de um Estado moderno e democrático.

Modernidade e democracia são aspirações marcantes dos povos neste começo do século XXI. Melhor ainda, *modernidade democrática*, englobando as características essenciais que se esperam em uma sociedade política digna desse nome: respeito aos direitos fundamentais da pessoa, tais como proclamados na Carta da ONU, incluindo seus direitos sociais (ao trabalho, à saúde, à moradia, à educação, à assistência social), políticos (democracia representativa mesclada, quanto mais seja possível, com democracia direta), ambientais. Respeito aos iguais e aos diferentes de nós (não mera tolerância). Uma sociedade política permeada de uma cultura do diálogo, ou seja, na qual todos, de algum modo, tenham a possibilidade de falar e de ser ouvido, na qual as decisões importantes sejam tomadas dialogicamente, ao termo de argumentações fundamentadas (Habermas), e a qual permita o asseguramento de um mínimo indispensável à vida dos mais pobres (Rawls, Maritain).

3. *Conclusão*. Como é próprio de quem divaga, deixei o pensamento fluir em várias direções com a certeza de, em todas elas, encontrar o amor e sua imprescindibilidade para que o ser humano possa realizar sua essência, nas suas circunstâncias individuais, sociais e históricas concretas, nas quais navega neste mar imenso chamado vida. A história pessoal de cada um de nós, assim como a história dos povos e mesmo a história da humanidade têm um traçado ambivalente: ao mesmo tempo em que cresce a consciência do bem, cresce, na mesma proporção, a consciência do mal (e a tentação, sempre à espreita, de sermos como deuses: de criarmos, arbitrariamente, a bondade e a maldade das coisas, sob o risco de chegarmos ao ponto de chamar o mal de bem e o bem de mal, isto é, de amor o ódio, e de ódio o amor). Em todos os momentos de sua vida individual ou coletiva, e sob todos os aspectos, o ser humano se depara com a via dupla do amor e do desamor, do bem ou do mal. Cabe-lhe a escolha por um dos dois caminhos, escolha difícil e por demais pesada para seus ombros frágeis. De fato, é num misto de amor e desamor, de bem e de mal que a história humana

prossegue à procura do paraíso perdido.

Referências bibliográficas

1 – Michel Foucault:

- “Microfísica do Poder”, organizador Roberto Machado, 25ª Ed., São Paulo: Graal, 2012;
- “A Hermenêutica do Sujeito”, tradutores: Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail, Martins Fontes, São Paulo, 2004;
- “Segurança, Território, População”, tradutor: Eduardo Brandão, revisora de tradução: Cláudia Berliner, Martins Fontes, São Paulo: 2008;

2 – Michel Hardt; Antonio Negri:

- “Multidão”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2012

3 – Sigmund Freud:

- “O mal-estar na civilização e outros textos”, São Paulo: Companhia das Letras, 2010;

4 – Marx:

- “O capital Crítico da economia política, Livro II: O Processo de Circulação do Capital”, Boitempo Editorial, 2014

5 – Tomás de Aquino: Lebrun:

- “O que é Poder”, 4ª ed., São Paulo, Editora Brasiliense, 1982

6 – Jacques Maritain:

- “O Homem e o Estado”, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Agir, 1996;
- “Humanismo Integral: Uma Visão Nova da Ordem Cristã”, São,Paulo – Rio de Janeiro – Recife – Porto Alegre; Companhia Editora Nacional, 1942
- “Os Direitos do Homem – A Lei Natural, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 3ª Edição, 1967;

7 – V. I. Lênin:

- “O Estado e a Revolução”, São Paulo: Hucitec, 1986

8 – Jürgen Habermas:

- “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, vols. I e II, 2ª Edição, 2003, Rio e Janeiro, RJ, tradução de Flávio Beno Sffibeneichler;
- “Teoria do Agir Comunicativo”, vols. I e II, 1ª edição, 2012, São Paulo, wmf Martins Fontes, tradução de Paulo Astor Soethe, revisão técnica de Flávio Beno Siebeneichler

9 – John Rawls:

- “Justiça e Democracia”, tradução de Irene A. Paternot – São Paulo: Martins Fontes, 2000;
- “O Liberalismo Político”, tradução de Álvaro de Vita – São Paulo: Ed. WNF – Martins Fontes, 2011

10 – “Bíblia de Jerusalém”, São Paulo, 6ª impressão em 2010, Editora Paulus

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051937-30.2014.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que são agravantes EMPRESA PATRIMONIAL INDUSTRIAL IV LTDA., FUNDAÇÃO CESP, PIRACICABA MALLS PARTICIPAÇÕES LTDA., NEW SHOPPING PROMOÇÕES LTDA., SHOPPING RENTAL LTDA., JORGE'S INCORPORADORA E EMPREENDIMENTOS LTDA. e JORGE'S ADMINISTRAÇÃO PATRIMONIAL LTDA., são agravados ROLEZINHO SHOPPING PIRACICABA, ROBERT SILVA, WILL GMF, GABRIEL FERNANDO, ALEXIA KELLY GARBIN, FELIPE MATTOS, MATHEUS MILLER, GUI SEGUEZZE e BRUNO BEZERRA.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18089)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente) e CORREIA LIMA.

São Paulo, 19 de maio de 2014.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: POSSESSÓRIA - Indeferimento de liminar em ação de interdito proibitório, objetivando "garantir a posse mansa e pacífica do Shopping Piracicaba", tendo em vista a pretensão dos agravados de realização de evento denominado "Rolezinho Shopping Piracicaba", agendado, por meio da rede social *Facebook*, para 05.04.2014 - Ausente o requisito da relevância da fundamentação em intensidade suficiente para a concessão de liminar na extensão pleiteada pelos agravantes - Agravantes não apresentaram argumento hábil e convincente para demonstrar o desacerto da r. decisão agravada - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento oferecido contra a r. decisão, cuja cópia se encontra a fls. 229/230, que indeferiu pedido de liminar em ação de interdito proibitório "a fim de impedir que seja realizada a manifestação e pratica de atos, de qualquer ordem, ilegais ou ofensivas aos presentes no local, isto é, para determinar que não possa ser realizado no empreendimento, sob pena de multa cominatória a ser arbitrada por V.Exa. o evento ROLEZINHO SHOPPING PIRACICABA organizado por Robert Silva, Will Gmf, Gabriel Fernando, Alexia Kelly Garbin, Felipe Mattos, Matheus Miller, Gui Seguezze e Bruno Bezerra para o dia 05/04/2014, para que os integrantes do movimento indicado se abstenham de praticar quaisquer atos tendentes à turbação ou esbulho da posse mansa e pacífica do shopping center, em sua área interna, externa, estacionamentos e entorno sob sua responsabilidade, inclusive, mas não limitados a: "(i) atos que importem em ameaça à segurança dos frequentadores e funcionários do shopping center, assim como de seu patrimônio, tais como tumultos, algazarras, correrias, arrastões, delitos, brigas, rixas, utilização de equipamentos de som em altos volumes, vandalismo, etc.; (ii) atos que interfiram no funcionamento regular do shopping center e que fujam dos parâmetros razoáveis de urbanidade e civilidade".

Os agravantes sustentam que: (a) "(...) dezenas de manifestações ocorridas no ano passado, em que pese tenham se iniciado pacíficas, terminaram com diversos baderneiros depredando, a torto e a direito, patrimônio público e privado e empreendendo uma luta com as forças públicas que resultou em pessoas inocentes sofrendo danos - físicos e psicológicos"; (b) "Não há direito à livre circulação ou, mais do que isso, de promover manifestos nas dependências privadas, notadamente quando em eventos semelhantes já houve demonstração de comportamento antissocial, com a depredação de patrimônio"; (c) "Todas estas ponderações apresentadas foram, equivocadamente, deixadas de lado pela r. decisão recorrida, que entendeu que cabe ao Shopping Agravante, a segurança de seus frequentadores, participantes ou não dos referidos movimentos, deferindo apenas o encaminhamento de ofício para a ciência do Comando da Polícia Militar, quanto ao evento organizado"; (d) "De tal sorte cumpre informar que de 01/04/2014, data da propositura da ação, até hoje 03/04/2014, data da interposição do presente agravo, o número de participantes passou de 85 (oitenta e cinco) e 1.300 (mil e trezentos) convidados para 139 (cento e trinta e nove) participantes e 2.200 (dois mil e duzentos) convidados, demonstrando assim os justos e fundados motivos do receio dos Agravantes, que podem ser surpreendidos com dezenas de novos participantes até a data do evento"; (e) "Chamar a Polícia não impede a causação dos danos ou dos crimes, principalmente quando ela chega

Acesso ao Sumário

ao local após o acontecimento dos eventos, como por exemplo, no caso relatado na exordial onde em um dos eventos ocorridos no Shopping Piracicaba, foram apreendidas drogas, armas brancas, armas de fogo e até artefatos explosivos, o qual foi utilizado causando danos ao veículo de um dos frequentadores”; (f) “É inequívoco, assim, o receio dos Agravantes de serem molestados na regular fruição de sua posse através do “rolezinho” agendado para o dia 06 de fevereiro, bem como por outros que vierem ser agendados, se considerado todo o histórico relatado na exordial, fato este que coloca em risco a integridade dos próprios manifestantes, bem como dos usuários e funcionários do empreendimento. Como já foi dito, HÁ NOTÍCIAS DE QUE TAIS TURBAÇÕES OCORRERÃO NO PRÓXIMO DIA 05 DE ABRIL POR VOLTA DE 19H00MIN” e (g) “Ainda que se admita que alguns dos participantes estejam de boa-fé, não há dúvida de que boa parte deles busca a prática de atos ilícitos. No mais, não se pode negar que a própria aglomeração desordenada de pessoas já é suficiente, por si só, para impedir que o Shopping continue com sua atividade regular, exercendo a posse de forma mansa e pacífica, e até onde se tem conhecimento não há prévia autorização para tal manifestação no Shopping Piracicaba”.

O pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso foi indeferido.

É o relatório.

1. Desnecessárias as providências previstas no art. 527, IV e V, do CPC, uma vez que o recurso se encontra em condições de julgamento.

Tratando-se de agravo de instrumento oferecido contra decisão que indeferiu pedido formulado antes da citação dos agravados, desnecessária a intimação destes, visto que eles ainda não integram a relação processual.

2. Trata-se de ação nominada de “ação de interdito proibitório com pedido de antecipação dos efeitos da tutela”, promovida pelos agravantes contra os agravados, objetivando “garantir a posse mansa e pacífica do Shopping Piracicaba”, tendo em vista a pretensão dos agravados de realização de evento denominado “Rolezinho Shopping Piracicaba”, agendado, por meio da rede social *Facebook*, para 05.04.2014, aduzindo que: (a) o evento tem por finalidade tumultuar as atividades rotineiras dos estabelecimentos comerciais, trazendo incômodos aos frequentadores do shopping, inclusive com práticas criminosas pelos participantes e (b) o evento já conta com mais de 100 participantes confirmados e possui mais de 1400 convidados. Requereu a concessão de liminar para “impedir que seja realizada a manifestação e prática de atos, de qualquer ordem, ilegais ou ofensivas aos presentes no local, isto é, para determinar que não possa ser realizado no empreendimento, sob pena de multa cominatória a ser arbitrada por V. Exa. o evento ROLEZINHO SHOPPING PIRACICABA organizado por Robert Silva, Will Gmf, Gabriel Fernando, Alexia Kelly Garbin, Felipe Mattos, Matheus Miller, Gui Seguezze e Bruno Bezerra para o

Acesso ao Sumário

dia 05/04/2014, para que os integrantes do movimento indicado se abstenham de praticar quaisquer atos tendentes à turbação ou esbulho da posse mansa e pacífica do shopping center, em sua área interna, externa, estacionamentos e entorno sob sua responsabilidade, inclusive, mas não limitados a: "(i) atos que importem em ameaça à segurança dos frequentadores e funcionários do shopping center, assim como de seu patrimônio, tais como tumultos, algazarras, correrias, arrastões, delitos, brigas, rixas, utilização de equipamentos de som em altos volumes, vandalismo, etc.; (ii) atos que interfiram no funcionamento regular do shopping center e que fujam dos parâmetros razoáveis de urbanidade e civilidade".

O pedido de liminar foi indeferido pela r. decisão agravada proferida nos seguintes termos:

"Vistos.

Requerem os autores interdito proibitório referente ao encontro de jovens entabulado via internet e denominado pela imprensa de "rolezinho".

Os documentos referentes a conversas eletrônicas e as imagens de encontros anteriores ocorridos no local não têm o condão de comprovar o justo receio de turbação ou esbulho.

Isso porque o justo receio deve vir alicerçado em fatos concretos e de certa relevância, que não se verifica no presente caso, posto que apenas 94 jovens confirmaram presença, não se traduzindo em nem 10% dos convidados, sendo certo que nem todos que confirmam a presença realmente comparecem. Esse dado aliado a outros eventos que redundaram em danos, demonstra a ausência processual acima mencionada.

Nesse sentido: "Possessória. Interdito proibitório. "Rolezinho". Liminar. 1. Não estão presentes requisitos para concessão de liminar de interdito proibitório, por meio do qual se busca impedir "rolezinho" em shopping center. 2. Pode o agravante buscar prevenção de tumulto, comunicando o encontro à polícia militar, a quem incumbe preservar a ordem pública, sem necessidade de intervenção do Judiciário. 3. Recurso não provido" (TJSP - AC n. 2002160-76.2014.8.26.0000 - Relator(a): Melo Colombi - Campinas - 14ª Câmara de Direito Privado - j. 29/01/2014).

Ante a não demonstração liminar do justo receio de turbação ou esbulho (art. 932 do CPC), justificado está o indeferimento da tutela inibitória.

Para que não passe em branco, compete aos autores adotar medidas para que os consumidores, participantes ou não do ato ora impugnado, tenham segurança no interior do estabelecimento, sendo que abusos praticados deverão ser coibidos ante a estrita observância da lei. E, nesse passo, determino que se oficie ao Comando da Polícia Militar Local comunicando o futuro evento, com cópia da inicial e desta decisão.

Acesso ao Sumário

Em cinco dias, esclareçam os autores se persiste o interesse no prosseguimento da ação.

Intime-se".

3. A pretensão recursal dos agravantes é de reforma da r. decisão agravada para "que seja determinada, liminarmente, sem a audiência da parte contrária, a expedição de mandado proibitório a ser afixado na administração e em locais de grande circulação e exposição do Shopping Piracicaba, para determinar que o movimento Agravado, seu líder e integrantes se abstenham de praticar quaisquer atos que turbem ou esbulhem a posse mansa e pacífica do shopping center, que importem em ameaça à segurança dos frequentadores e funcionários do empreendimento, ao patrimônio, que interfiram no funcionamento regular em sua área interna, externa, inclusive no estacionamento e que se consubstanciem em manifestação ilegal ou ofensiva de qualquer ordem dentro da área dos Agravantes".

4. Mantém-se a r. decisão agravada.

Os agravantes não apresentaram argumento hábil e convincente para demonstrar o desacerto do MM. Juízo da causa.

Ausente o requisito da relevância da fundamentação em intensidade suficiente para a concessão de liminar na extensão pleiteada pelos agravantes.

A prova documental produzida com a inicial não se presta a demonstrar a existência de ameaça concreta à posse dos agravantes, sendo certo que os agravantes podem "buscar prevenção de tumulto, comunicando o encontro à polícia militar, a quem incumbe preservar a ordem pública, sem necessidade de intervenção do Judiciário". (...) (TJSP - AC nº 2002160-76.2014.8.26.0000 - Relator(a): Melo Colombi - Campinas - 14ª Câmara de Direito Privado - j. 29/01/2014), conforme o julgado deste Eg. Tribunal de Justiça, cuja ementa foi reproduzida pela r. decisão agravada.

No mesmo sentido, ainda, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação do julgado extraído do site deste Eg. Tribunal de Justiça: "INTERDITO PROIBITÓRIO - Liminar - Ausência dos requisitos para sua concessão - Ademais, em regra, a apreciação da liminar é ato privativo do juiz de primeira instância - Decisão mantida". VOTO "Cumpre registrar que pela análise dos elementos trazidos com a inicial, não se vislumbra, a princípio, a existência de ameaça concreta de turbação ou esbulho da posse dos agravantes. Ainda que juntadas algumas fotos de eventos da espécie, bem como cópia de página alocada na rede social 'facebook' denominada #rolenoshoppingpiracicaba, não logrou demonstrar o perigo que sofreria, na medida em que somente nove pessoas tinham confirmado a presença neste evento programado para o dia 06 de fevereiro (fls. 138/139); não se justifica o temor de tumulto e aglomeração no local. Além disso, o evento já teria ocorrido e os agravantes não demonstraram

Acesso ao Sumário

nos autos se a medida adotada pelo magistrado em oficiar à polícia militar teria ou não servido e garantido a proteção requerida, o que parece mais sensato. Desta forma, os elementos trazidos nos autos são frágeis a caracterizar a medida liminar pretendida, qual seja, 'uma medida válida por tempo indeterminado e aplicável para todas as reuniões desta espécie narrada' (fl. 30). Assim, se o justo receio de ser molestado na posse, consoante prevê o art. 932, do CPC, não ficou demonstrado, a divergência deve ser dirimida no decorrer da demanda. Salienta-se que o magistrado foi extremamente cauteloso em adotar as medidas protetivas, as quais poderiam ser adotadas pelos próprios agravantes, vez que à polícia militar incumbe a preservação da ordem pública". (19ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2016720-23.2014.8.26.0000, rel. Des. Sebastião Junqueira, j. 10.03.2014).

Em sendo assim, é de se manter a r. decisão agravada, pois, como anota Theotonio Negrão: "Há mais de um acórdão entendendo que a decisão que concede ou denega liminar em ação possessória fica ao prudente arbítrio do juiz, só podendo de reformada pelo tribunal em caso de evidente ilegalidade (RT 572/233, JTA 91/405, 98/357, 103/383)" ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 39ª ed., 2007, Saraiva, p. 1.000/1001, nota 7 ao art. 928).

5. Em resumo, o recurso deve ser desprovido.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060665-94.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante DIA BRASIL SOCIEDADE LTDA., é agravado MARIA APARECIDA FERREIRA DA SILVA - ENTREPOSTO - EPP.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22092)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 28 de abril de 2014.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: POSSESSÓRIA. Reintegração de

posse. Medida liminar. Indeferimento. Decisão consubstanciada em cognição provisória e que emana do prudente arbítrio do juiz, não se afigurando ilegal. Ausência dos pressupostos legais que poderiam ensejar a imediata reintegração do autor na posse do imóvel. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão trasladada a fls. 105 e 113, que, em ação de reintegração de posse, indeferiu a medida liminar postulada pela autora.

Sustenta a recorrente, em síntese, que firmou com a ré contrato de concessão de uso para exploração do comércio de açougue em suas dependências, acrescentando que, atrelado ao contrato de concessão, foi firmado também contrato de comodato de utilização do espaço no qual seriam desenvolvidas as atividades comerciais da agravada. Pondera que a agravada praticou atos contrários àqueles estabelecidos na avença celebrada, razão pela qual notificou-a acerca da rescisão do contrato, bem como para a desocupação do espaço cedido em comodato, resultando assim reunidos os pressupostos necessários à concessão da medida liminar de reintegração de posse, eis que comprovadamente caracterizado o esbulho.

O recurso é tempestivo, foi preparado e processou-se sem o efeito ativo postulado.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

E isto porque, não se vislumbra qualquer ilegalidade na r. decisão censurada, no que tange ao indeferimento da medida liminar objetivando a imediata reintegração da autora na posse da área objeto do litígio, tanto é que condicionada a deliberação em exame ao prudente arbítrio do juiz *a quo* e derivada de cognição provisória, que não pode antecipar a discussão que deverá ocorrer no curso da ação.

Neste passo, oportuna a transcrição da decisão recorrida, valendo destacar que o artigo 252, do Regimento Interno desta Corte, dispõe que "nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la", cumprindo destacar que aludida disposição regimental amolda-se perfeitamente ao caso em exame, pois, analisadas as questões de fato e de direito submetidas à apreciação judicial, sob o enfoque da prova contida nos autos, outra não poderia ser a solução da controvérsia senão aquela adotada pelo magistrado.

Confira-se:

Acesso ao Sumário

"*Ao que se infere da inicial, não se trata de comodato, porque comodato é essencialmente gratuito, não podendo haver cobrança.*

Pode se tratar de locação e nesse caso a ação possessória não é adequada à retomada do bem/espaço.

Por isso, antes de qualquer decisão, deve-se observar o contraditório, ficando por enquanto indeferido o requerimento de liminar." (fls. 105).

(...)

"*Fls. 95/97: Acolho as considerações, a título de esclarecimentos.*

No entanto, persiste a dúvida, porque se tem a impressão de o 'comodato' estar encobrindo a natureza real do contrato, que seria de locação ou arrendamento também do espaço, sobrelevando notar que o juiz deve levar em conta o conteúdo do negócio jurídico, jamais a qualificação jurídica dada pela parte ao contrato.

Portanto, não se cogita de liminar sem o contraditório." (fls. 113).

Com efeito, "recomenda a doutrina que os juízes não liberalizem demasiadamente a concessão de liminares, sem prova convincente" (*in* Código de Processo Civil Anotado, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Saraiva, 7ª edição, nota ao art. 928), bem assim que "a concessão ou denegação da liminar fica ao prudente arbítrio do juiz, só podendo ser reformada, pelo tribunal, em caso de evidente ilegalidade (RT 572/223, JTA 91/405, 98/357, 103/383)" (*in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, Editora Saraiva, 35ª edição, nota 5 ao art. 928).

Não bastassem tais circunstâncias e a deitar por terra a pretensão recursal, bem é de ver que, em sua minuta de agravo, nenhum adminículo apresentou o agravante que pudesse ao menos abalar os fundamentos da r. decisão hostilizada, valendo anotar, ainda, que se afigura prudente aguardar-se a dilação probatória, viabilizando-se, em momento subsequente, a reapreciação do pedido de concessão do mandado de reintegração de posse.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2050371-46.2014.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante BREMBO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA., é agravado MASTERPLASTIC PIGMENTOS E COMPOSTOS LTDA.-ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16849)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente) e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 4 de junho de 2014.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Execução de título extrajudicial - Declinação de competência - Ação extinta com base no art. 794, II, do CPC - Acordo extrajudicial homologado - Formação de título executivo judicial - Cumprimento de sentença que estabelece a prevenção, nos moldes do art. 475-P, II, do CPC - Recurso improvido.

VOTO

1. Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão de fls. 46 , proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Filipe Antonio Marchi Levada, que nos autos da ação de execução de título extrajudicial ajuizada pela agravante BREMBO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA. contra a agravada MASTERPLASTIC PIGMENTOS E COMPOSTOS LTDA.-ME, declinou da competência, determinando a remessa dos autos para a 1ª Vara Judicial de Cajamar/SP.

Insurge-se a agravante contra a decisão pretendendo que o processo permaneça na 2ª Vara Judicial de Cajamar, sob o argumento de que não se trata de cumprimento de sentença homologatória proferida pelo Juízo da 1ª Vara Judicial.

Requer seja dado provimento ao recurso.

O agravo foi recebido e processado com atribuição de efeito suspensivo (fls. 49).

Foram recolhidas as custas de preparo e do porte de retorno (fls. 9/10).

Sem contraminuta, uma vez que não formada a relação jurídica processual. Foram prestadas as informações do Juízo de primeiro grau (fls. 54/55).

É o relatório.

2. O agravo tem como propósito a reforma da decisão a seguir transcrita:

"Vistos. O Juízo não tem competência para processamento do feito, que visa ao cumprimento de sentença homologatória proferida pelo r. Juízo da 1ª Vara deste Foro Distrital. Em se tratando de título executivo judicial, o acordo homologado judicialmente deve ser executado perante o Juízo que proferiu a decisão (artigo 475-P,

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

inciso II, do CPC). Cito entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: 'Transação. Havendo descumprimento de transação homologado judicialmente, a execução dessa sentença deve ser processada nos mesmos autos da ação matriz, sendo competente o juízo que proferiu a sentença homologatória de transação. Nesse sentido: Araken. Execução, n.32.2, p.225; RSTJ 89/305' (Código de Processo Civil Comentado. 13ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, p. 911). Por tal razão, o feito deveria ter sido distribuído por dependência. Isto posto, determino a remessa do feito ao r. Juízo da 1ª Vara deste Foro Distrital, cancelando-se a distribuição, com compensação. Intime-se."

O recurso não comporta provimento.

Depreende-se do exame dos autos que a ação de execução está lastreada em título executivo judicial (acordo extrajudicial homologado), em que a executada deixou de adimplir as parcelas pactuadas desde maio de 2010.

A ação de execução distribuída à 1ª Vara Judicial de Cajamar foi julgada extinta com base no artigo 794, II, do Código de Processo Civil, em decorrência do acordo firmado entre as partes.

Em que pesem os argumentos da agravante, cuida-se na espécie de título judicial, como bem fundamentou o Magistrado.

A exequente ajuizou nova ação visando o recebimento da quantia de R$ 47.399,33, referente ao acordo não cumprido, além das demais parcelas vencidas a partir de fevereiro do corrente ano.

Desse modo, em se tratando de cumprimento de sentença o acordo não cumprido deve ser executado perante o Juízo da 1ª Vara Judicial de Cajamar, conforme disposto no artigo 475-P, II, do Código de Processo Civil.

A prevenção está firmada, uma vez que se trata de cumprimento de sentença.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. decisão que declinou da competência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036451-05.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TRENDBANK S/A BANCO DE FOMENTO, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam a decisão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.356)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente sem voto), JOVINO DE SYLOS e SIMÕES DE VERGUEIRO.

São Paulo, 18 de junho de 2014.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Execução singular - Produto da arrematação do bem - Protesto por preferência do crédito - Concurso de preferência - Determinação de devolução do valor levantado - Ausência de oportunidade para manifestação da parte contrária - Ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa - Decisão anulada de ofício.

VOTO

Vistos, etc...

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em execução de título extrajudicial, reconheceu a preferência da penhora realizada pelo agravado, determinando à agravante a devolução do valor levantado relativo à alienação do imóvel arrematado.

É o ***RELATÓRIO.***

Inicialmente, destaque-se que o agravante aduz, em suas razões recursais, a ocorrência de preclusão em relação ao exercício do direito de preferência do agravado, bem como sustenta que realizou averbação anterior no registro de imóveis, nos termos do art. 615-A do Código de Processo Civil, do que resultaria a sua preferência.

Sem que, aqui, se questione a adequação ou não do momento processual e da via eleita para fins de instauração do concurso de preferências, é de se observar que as matérias alegadas no presente recurso não foram apreciadas pelo MM. Juízo "*a quo*", uma vez que, em afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a r. decisão guerreada foi proferida em ato contínuo ao pedido do agravado (fls. 56/61).

Com efeito, consoante se extrai do art. 712 da lei de rito, o concurso de credores é incidente processual no qual a disputa "***versará unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora***", do que deflui a necessidade de instauração de contraditório.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Impunha-se, assim, a concessão de oportunidade para que o agravante apresentasse sua oposição à pretensão do agravado, mormente na hipótese dos autos, que culminou com a extrema medida de devolução do valor correspondente ao produto da arrematação.

E, tal não se deu na espécie, em afronta aos princípios constitucionais basilares do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Isto posto, ***ANULA-SE***, de ofício, a decisão recorrida. Oficie-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2036175-71.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTONIA DE SOUZA SOBRAL, é agravado BANCO ITAUCARD S.A..

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 14 de abril de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso - Agravo de Instrumento - Negativa de provimento - Decisão monocrática - Antecipação de tutela - Banco de dados - Inscrição do nome.

A mera discussão acerca do débito não inviabiliza a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento mantendo o indeferimento do pedido de antecipação de tutela jurisdicional formulado com a finalidade de vedar a

inscrição do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito.

Inconformada, a recorrente alega que tal "*entendimento destoa totalmente da melhor jurisprudência firmada neste Tribunal, bem como está trazendo os mais graves prejuízos de ordem financeira e social para a agravante, uma vez que tal decisão colide frontalmente com o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*". Por outro lado, apesar de não desconhecer que possui obrigação na relação contratual, *"não está obrigada a pagar integralmente dívida assumida junto ao agravado", "quando este último está praticando ilicitudes contratuais, entre as mais repudiadas inclusive por esta E. Corte, que é a capitalização de juros, também conhecida como anatocismo".*

É o relatório.

A insurgência não pode ser acolhida.

Com efeito, conforme registrado anteriormente, a recorrente não nega a existência do débito e nem demonstram que os encargos cobrados pela instituição financeira são abusivos.

Por outro lado, também se consignou que *"a orientação da E. 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 527.618/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 24/11/03) não admite que a simples discussão judicial da dívida possa obstaculizar ou remover a negativação nos bancos de dados, exceto quando efetivamente demonstrado o reflexo positivo da ação no valor devido, com amparo na jurisprudência dominante daquela Corte ou do C. Supremo Tribunal Federal e depositada ou caucionada a parte incontroversa, se apenas parcial o desacordo".*

Aliás, ao julgar o REsp nº 1.061.530/RS, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e publicada no Diário de Justiça de 10 de março de 2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se nos seguintes termos:

"a abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz".

"Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente a contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI nº 2.591-1."

Neste contexto, editou-se a orientação 4, com o seguinte teor:

"a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes,

Acesso ao Sumário

requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção".

A propósito, já estava assentado nesta Corte ser *"Descabida a tutela inibitória de comunicação a entidades de cadastros de devedores. Essa inibição, ou a exclusão de comunicação já efetuada, só se justificam se o credor efetuar comunicação errada. Mas se alguém está mesmo devendo, ele pode comunicar o fato, pois que nada há de injurídico nisso. A Lei 8.078/90, que cuidou exatamente de proteger o consumidor de bens e serviços, prevê expressamente a existência de cadastros e dados de consumidores, não para torná-los secretos e pouco confiáveis, mas para dispor que eles devem ser objetivos, claros e verdadeiros, proscrevendo apenas a existência de informações negativas referentes a período superior a cinco anos (art. 43, §1º). Mais ainda; a lei protege o consumidor, assegurando-lhe o direito de imediata correção de eventuais inexatidões (§ 3º). Confere ainda caráter público aos bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, assim como os serviços de proteção ao crédito e congêneres (§4º). Pois bem; a omissão de lançamentos, tal como pretendida, implicaria justamente que os bancos de dados e os cadastros não sejam objetivos e verdadeiros. Ao contrário. E, levando-se em conta o caráter público de que se revestem, a supressão, ainda que momentânea, de anotação atinente ao não pagamento de título de crédito exigível, ou o não pagamento de alguma prestação de contrato revestido de todas as formalidades, equivaleria à supressão da notícia da distribuição de alguma ação de cobrança, ou de alguma execução, no distribuidor forense, algo que não pode ser admitido. De resto, a providência não se enquadra na vedação do art. 42 da Lei 8.078/90. Não há constrangimento no exercício regular de um direito. A lei não veda tal fornecimento de informações. Antes, como visto, tratou de discipliná-lo. Aliás, o prejuízo seria daqueles que se servem dos serviços dessas entidades de proteção ao crédito, que estariam obtendo informações inverídicas. A pretendida exclusão poderia prejudicar esses terceiros, que contratariam a concessão de crédito ao agravante, fiando-se na inexistência de débito de sua responsabilidade, quando a realidade presumivelmente é outra. A atividade de entidade que cadastra informações não só é lícita, como também essencial ao ramo da concessão de crédito, já que é óbvio que é muito menos arriscada tal concessão para quem não é nem nunca foi devedor moroso ou inadimplente, do que para alguém que*

é devedor e que inclusive pode estar já com seu patrimônio comprometido pela existência de dívidas anteriores não saldadas. Quem recusa crédito para alguém nessa última situação não comete nenhum ilícito, nem expõe o pretendente a situação injurídica. Ao contrário. Releva notar que a Lei 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data, permite ainda que o interessado apresente explicação ou contestação a respeito do conteúdo da anotação, justificativa de possível pendência sobre o respectivo fato, a qual deverá ser devidamente anotada no cadastro, com o que poderá ressalvar seus interesses até mesmo sem necessidade de providência judicial. Vê-se, pois, que o ordenamento permite a correção de inexatidões e também permite a averbação da possível justificação da existência da anotação, ainda que esta não contenha dados inexatos. A exclusão, assim, só é admissível em circunstâncias peculiares, algo de que não há prova."(Ag. Instr. nº 7.088.568-0, j. 29/8/06, rel. Campos Mello).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036834-80.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS, é agravado JULIO CESAR DAMASCENO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14083)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Exceção de pré-executividade - Pretensão de reforma da decisão que rejeitou exceção de pré-executividade - Descabimento - Hipótese em que se verifica a regularidade formal do título executado - Excesso de execução que exige dilação probatória - RECURSO DESPROVIDO.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA - MULTA - Pretensão de que seja afastada ou reduzida a multa imposta pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, III) - Cabimento - Hipótese em que a conduta da recorrente não se subsume a hipótese tipificada no artigo 600, inciso III, do Código de Processo Civil - RECURSO PROVIDO PARA ESTE FIM.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo, sob a forma de instrumento, interposto contra respeitável decisão (fls. 22-23), que rejeitou exceção de pré-executividade e manteve a multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Sustenta a agravante, em apertada síntese, que a exceção de pré-executividade deve ser acolhida, uma vez que, *"analisando os cálculos elaborados pelo assistente contábil da agravante, verifica-se que a obrigação de pagar já está devidamente cumprida, tendo, inclusive, efetuado o pagamento a maior"* (fls. 09).

Alega que *"a agravante não deu cumprimento à decisão contida na carta precatória expedida para Comarca do Rio de Janeiro, ante a impossibilidade de seu cumprimento, não havendo, portanto, o que se falar em aplicação de multa de 10%, em obediência ao art. 601 do CPC"* (fls. 10).

Recurso bem processado, com resposta.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Trata-se de exceção de pré-executividade apresentada em fase de cumprimento de sentença.

É sabido que, no âmbito estreito da exceção de pré-executividade, somente podem ser discutidas matérias passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado ou que não exijam dilação probatória.

A possibilidade de apreciação restringe-se à análise da regularidade formal do título executivo. E, ao contrário do que foi alegado, os requisitos da liquidez, exigibilidade e certeza estão presentes nos títulos executados.

Ademais, o alegado excesso à execução exige dilação probatória.

Como bem decidiu a d. juíza singular, *"é cristalina a necessidade de dilação probatória, afinal a planilha apresentada pelo executado diverge daquela apresentada pelo exequente"* (fls. 23).

Em relação à multa por ato atentatório à dignidade da justiça, com razão a empresa recorrente.

Acesso ao Sumário

Pela leitura das peças trazidas nos autos, não se verifica, em princípio, uma resistência injustificada da empresa agravante em cumprir a ordem judicial, que configure desvio de conduta processual da litigante, de modo a justificar a imposição da multa.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso apenas para afastar a aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2030031-81.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GRANLESTE MOTORES LTDA., é agravado CINEAS DAVID VIANA.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação, por V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20590)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e SOARES LEVADA.

São Paulo, 2 de junho de 2014.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Relatora

Ementa: Alienação fiduciária. Veículo automotor. Alegação de vício redibitório. Pretensão do consumidor de redibir o contrato. Hipótese em que se vê litisconsórcio facultativo, não necessário. Solidariedade entre as empresas (financeira e comerciante de carros), mas existência de dois contratos distintos: de venda de veículo (com emissão de nota fiscal) e contrato de alienação fiduciária (com financiamento sendo honrado pelo autor).

Recurso improvido, com observação.

VOTO

1. Em ação redibitória, com pedido de tutela antecipada, foi proferida a decisão de fls. 60/62, acrescida da decisão proferida nos embargos de declaração de fls. 67, destes, que, no que tange à parte atacada, contém o seguinte teor:

"(...). 1 Rejeito a preliminar de inépcia da petição inicial arguida pela corré Granleste Motores Ltda. (...)".

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

2. A insurgência trazida neste recurso tem como fundamento principal o fato de a parte pretender seja declarada a existência de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do CPC 47, chamando o Banco GMAC S.A. para compor o polo passivo da ação.

Não foi concedida liminar.

Contraminuta não foi apresentada.

É o relatório.

O agravo não foi respondido (fls. 74) e o recurso não merece provimento.

Na cadeia de consumo todos os fornecedores são partes legítimas e solidárias para a eventualidade da demanda redibitória, por falha do produto.

O autor, contudo, optou por endereçar a ação contra a vendedora e, ao que consta, vem honrando o negócio financeiro com o Banco.

Poderia o Banco ter sido acionado, mas não o foi. O risco da opção é do autor. Não há litisconsórcio necessário, mas facultativo, mesmo porque o documento de fls. 43 mostra que houve, efetivamente, venda de bem da ré para o autor, consumidor.

A providência salutar é oportunizar ao Banco a ciência da demanda, para a qual poderá vir, como assistente.

Nega-se provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077304-56.2014.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante BANCO DE LAGE LANDEN BRASIL S/A, é agravado JOÃO VILELA DE QUEIROZ.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12613)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente), SALLES VIEIRA e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

ERSON DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de título

Acesso ao Sumário

extrajudicial. Decisão que indeferiu pedido de remoção de bem dado em garantia de empréstimo. Irresignação. Procuração originária restritiva de poderes. Permissão, apenas, de substabelecer com reserva, desde que os outorgados da procuração pratiquem conjuntamente o ato. Substabelecimento efetivado sem reserva de poderes à subscritora deste recurso e apenas por um dos outorgados. Irregularidade insanável em segunda instância. Inaplicabilidade dos arts. 13 e 37 do CPC. Recurso não deve ser conhecido, uma vez que a titular da assinatura digital deste agravo não tem procuração válida. Ausência de peça obrigatória, conforme dispõe o artigo 525, I, do CPC. Pressuposto de admissibilidade não observado. Agravo não conhecido.

Jurisprudência - Direito Privado

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão de fls. 74/76 que, nos autos da execução de título extrajudicial, indeferiu pedido de remoção de bem dado em garantia do empréstimo tomado pelo réu.

Inconformado, alega o agravante que o réu foi citado e manteve-se inerte, motivo pelo qual solicitou a expedição de mandado de penhora, avaliação e remoção de bens para a garantia do juízo, tendo sido deferido somente a penhora e avaliação, indeferindo o pedido de remoção. Aduz ser pacífico no ordenamento jurídico que a permanência dos bens alienados fiduciariamente em mãos do devedor fiduciário está condicionada ao cumprimento de determinados requisitos, quais sejam, a comprovação da essencialidade do bem e o depósito dos valores incontroversos ou oferecimento de caução idônea.

Assevera o recorrente que a permanência do bem nas mãos do devedor tornará ineficaz a penhora realizada, vez que, na prática, nada se altera para o devedor, porém causa prejuízo ao credor, pois as máquinas agrícolas são de fácil deterioração e, sendo utilizadas com frequência, estão sujeitas à depreciação. Alega que a decisão agravada afronta o disposto no art. 666, §1º, do CPC, já que inexiste a anuência do exequente para que o devedor permaneça na posse do bem.

Acesso ao Sumário

Por fim, requer o agravante a concessão de efeito suspensivo ao presente, bem como o provimento do recurso a fim de que seja reformada a decisão agravada para que, após a penhora, seja deferida a remoção, sujeitando o bem à posse do exequente, sob o encargo de fiel depositário.

É o relatório.

Com efeito, nota-se que o agravante apresentou cópia da procuração originária outorgada (fls. 34/35), a qual restringe os poderes para substabelecer somente com reserva, bem como que todos os atos sejam representados por ambos os outorgados, drs. Abel Antonio Rebello - OAB/PR 21.306 e Luciana Sezanowski Machado - OAB/PR 25.276.

Entretanto, observa-se que a fls. 36 a advogada dra. Luciana Sezanowski Machado substabeleceu sem reserva de poderes à subscritora deste recurso, a dra. Stephany Mary Ferreira Regis da Silva - OAB/PR 53.612.

Ora, conforme a procuração originária, o substabelecimento deveria ter ocorrido somente com reserva de poderes e, além disso, o ato deveria ter sido praticado conjuntamente por ambos os advogados outorgados.

A falta de mandato é uma irregularidade sanável na primeira instância, sendo possível ali a suspensão do processo para a sua regularização, nos termos dos artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil. Porém, isso não é admitido aqui em segunda instância, já que se trata de requisito de admissibilidade do recurso.

Nesse sentido, confira-se o entendimento desta Colenda Câmara:

"AGRAVO REGIMENTAL - Interposição contra decisão monocrática que negou seguimento a agravo de instrumento, por falta de peças obrigatórias - Ausência de procuração outorgada pelo agravante - Peça obrigatória, a teor do artigo 525, inciso I, do CPC - Precedentes do STJ e do TJ-SP - Recurso manifestamente inadmissível - Negado seguimento ao recurso, com base no art. 557, do CPC - Incabível a aplicação dos artigos 13 e 37, do Código de Processo Civil, em agravo de instrumento, pois este recurso deve ser instruído com as peças obrigatórias no ato de sua interposição, sendo incabível a regularização da falha posteriormente - Agravo regimental improvido." (Agravo regimental nº 0042008-75.2012.8.26.0000/50000, TJSP, 24ª Câm. Dir. Priv., rel. Plinio Novaes de Andrade Junior, j. 14/06/2012, v.u.). (grifei)

Dessa forma, em razão de tal irregularidade insanável, o agravo não deve ser conhecido, haja vista que a titular da assinatura digital deste recurso não possui procuração válida nos autos.

É cediço que as peças obrigatórias devem instruir o presente recurso, sob pena de seu não conhecimento, vez que constitui requisito de admissibilidade do agravo de instrumento, sua instrução com todas as peças obrigatórias, consoante dispõe o artigo 525, I, do CPC.

Acesso ao Sumário

Assim, a lição de Nelson Nery Junior:

"A falta de peças no agravo autoriza o não conhecimento do recurso, porquanto não mais se permite a conversão do julgamento em diligência para a juntada de peças faltantes." (nota 15ª do artigo 525 do *Código de*

Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 10ª edição revista, ampliada e atualizada até 1º.10.2007, Editora Revista dos Tribunais)

Nesse sentido:

"Agravo Regimental. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática do relator que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, não conheceu de recurso agravo de instrumento - Manutenção da R. Decisão agravada - Agravo de instrumento interposto sem juntada de cópia da procuração outorgada pela agravante aos advogados subscritores de substabelecimento - Peça obrigatória para comprovação da regularidade da representação processual. Nega-se provimento ao recurso." (Agravo Regimental nº 0159127-23.2013.8.26.0000, TJSP, 1ª Câm. Dir. Priv., rela. Christine Santini, j. 22/10/2013, v.u.) (grifei)

"*AGRAVO REGIMENTAL - Interposição contra decisão monocrática que negou seguimento a agravo de instrumento, por falta de peça obrigatória - Ausência da cópia da procuração concedida aos patronos do agravado - Peça obrigatória, a teor do artigo 525, inciso I, do CPC - Recurso manifestamente inadmissível - Aplicação do art. 557, caput, do CPC. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*" (Agravo regimental nº 0222161-06.2012.8.26.0000, TJSP, 24ª Câmara de Dir. Privado, rel. Des. Cesar Mecchi Morales, j. 31.01.2013)

Por todo o exposto, em face da ausência de pressuposto de admissibilidade, **não se conhece do presente recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000099-48.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS RIO PARDO LTDA., é agravado APAMIX DISTRIBUIDORA E COMERCIAL LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.282)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), JOSÉ REYNALDO e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE PELA AUSÊNCIA DE PLURALIDADE DE SÓCIOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL POR PERÍODO SUPERIOR AO PERMITIDO PELO ARTIGO 1033 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA.

O art. 1.033, inciso IV, do Código Civil estabelece que a sociedade se dissolve se a falta de pluralidade de sócios não for reconstituída no prazo de 180 dias. Mesmo que a relação comercial entabulada pelas partes tenha sido formalizada quando a pessoa jurídica contava apenas com um único sócio, não há que se falar em exercício irregular da atividade empresarial, porquanto a relação comercial foi realizada dentro do período permito por lei. Por outro lado, a agravante não apresentou nenhum outro elemento que indique a continuidade do exercício das atividades comerciais da agravada posteriormente aos 180 (cento e oitenta) dias previstos no artigo 1033 do CC, circunstância que não autoriza a aplicação da medida pretendida.

Agravo não provido.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento tirado dos autos da execução de título extrajudicial movida pela agravante contra a agravada, que indeferiu o pedido para inclusão dos sócios da agravada, pela ocorrência da dissolução irregular da pessoa jurídica.

Acesso ao Sumário

A agravante alegou, em suma, que houve abuso da personalidade jurídica por conta da dissolução irregular da empresa. A sociedade se tornou unipessoal e o sócio remanescente não providenciou a recomposição do quadro societário no prazo de 180 dias, conforme determina o art. 1.033 do Código Civil. Patente, portanto, a confusão patrimonial entre a empresa e o sócio remanescente, devido à continuidade de seu exercício sem a reconstituição do quadro societário posteriormente ao decurso do prazo legal. Tais circunstâncias caracterizam fraude e ensejam a aplicação de penalidade, determinando-se a inclusão no polo passivo da execução de seu único e atual sócio e dos que se retiraram há menos

de dois anos.

Devidamente intimada, a agravada deixou de apresentar resposta.

O recurso foi processado sem a concessão do postulado efeito suspensivo.

É o relatório.

2. Vislumbra-se das peças digitalizadas que a agravante promoveu a originária ação executiva, amparada na cobrança de duplicatas não adimplidas pela agravada. Devidamente citada, a agravada não efetuou o pagamento do débito no prazo legal e as tentativas para localização de bens restaram infrutíferas.

A exequente então requereu a inclusão dos sócios da executada no polo passivo da ação, alegando a configuração da dissolução irregular da sociedade, devido a ausência de recomposição da pluralidade de sócios no prazo previsto no artigo 1.033 do CC.

Sobreveio, assim, a r. decisão agravada:

"Ainda não houve dissolução, que não pode ser decretada incidentalmente neste processo, nem a título de desconsideração de personalidade jurídica porque nem indicado ato de má gestão (art. 50, CC). Indefiro. Int." (fl.57.)

3. O recurso não merece provimento.

A questão controvertida restringe-se, exclusivamente, no reconhecimento do exercício irregular da atividade empresarial, pela ausência de reconstituição do quadro societário no prazo previsto pelo artigo 1.033 do Código Civil, com a consequente responsabilização ilimitada do sócio remanescente e daqueles que se retiraram do quadro social em período inferior a dois anos, para cumprimento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica.

Pois bem.

O citado art. 1.033, inciso IV, do Código Civil estabelece que a sociedade se dissolve se a falta de pluralidade de sócios não for reconstituída no prazo de 180 dias. É fato que o parágrafo único do mesmo artigo ressalva que não haverá dissolução se o sócio remanescente requerer a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada.

A pretensão da agravante, para inclusão do sócio remanescente no polo passivo da ação, encontra previsão no artigo 1.036 do Código Civil:

*Art. 1.036. Ocorrida a dissolução, cumpre aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante, e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, **vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente.***

Da singela leitura do dispositivo acima transcrito, é possível concluir que a sociedade passará a operar de forma irregular somente em caso de continuidade

Acesso ao Sumário

das atividades posteriormente ao prazo legal estabelecido para recomposição do quadro social, oportunidade em que o sócio unitário, de forma pessoal e ilimitada, deverá responder pelos atos praticados pela pessoa jurídica nesse período.

A esse respeito segue o ensinamento de Fábio Ulhôa Coelho:

"Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a limitada pode sobreviver com um sócio apenas, no prazo de 180 dias, dentro do qual a pluralidade deve ser restabelecida (art. 1.033, IV). Transcorrido esse prazo sem a admissão de pelo menos um novo sócio, será irregular a continuidade da empresa pela limitada, sujeitando-se ela, em decorrência, às normas da sociedade em comum". (Curso de Direito Comercial, Vol. 2, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006)

Destarte, os elementos apresentados pela agravante não espelham a caracterização do exercício irregular da atividade social, a permitir a incidência da penalidade pretendida, para autorizar a inclusão do sócio remanescente e daqueles que deixaram a sociedade, por período inferior a dois anos, para responderem pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica.

Conforme se verifica da ficha cadastral da agravada (fls. 39/40), a mesma se tornou unipessoal na data de 10 de setembro de 2010 e os títulos cobrados na ação originária foram todos emitidos entre os dias 12 e 31 de novembro de 2010 (fls. 20/27).

Mesmo que a relação comercial entabulada pelas partes tenha sido formalizada quando a pessoa jurídica contava apenas com um único sócio, não há que se falar em exercício irregular da atividade empresarial, porquanto a relação comercial discutida na ação foi realizada dentro do período permito por lei. Por outro lado, a agravante não apresentou nenhum outro elemento que indique a continuidade do exercício das atividades comerciais da agravada posteriormente aos 180 (cento e oitenta) dias previstos no artigo 1.033 do CC, circunstância que não autoriza a aplicação da medida pretendia.

Assim, diante a inexistência de elementos que indiquem o exercício irregular da atividade empresarial, a manutenção da r. decisão agravada é medida que se impõe.

4. Em face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039413-98.2014.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é agravante

LUCAS ROBERTO ROJAS RODRIGUES, são agravados GEFIN ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. e IRMÃOS CERVI LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.792)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA e GIL COELHO.

São Paulo, 7 de maio de 2014.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Penhora de parte ideal do imóvel. Mandado de imissão de imóvel. Possibilidade. Discussões sobre a propriedade e composse. Irrelevância, no caso, tendo em vista que eventuais desacertos entre os condôminos devem ser postulado, se o caso, pela via própria. Exegese do artigo 1.199 do CC. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão de fls. 53/54 que, em ação de execução de título extrajudicial, indeferiu o pedido de imissão na posse.

Inconformado, requer o agravante, de início, a concessão da tutela antecipada ao recurso e no mais sustenta que foi proposta outra execução contra a mesma devedora, que tramita perante a 2ª Vara Cível do Foro de Barretos, sendo penhorada a mesma parte ideal e, de igual modo, arrematada pelo agravante. Assim, expedidas as cartas de arrematação e realizado o registro no Cartório de Registro de Imóveis, entende que deve ser confirmado o mandado de imissão na posse deferido anteriormente, por ser providência necessária para posterior extinção ou divisão do condomínio. Ressalta que a imissão na posse não prejudica o direito do executado em exercer seus direitos na outra parte do bem, nos termos do artigo 1.199 do CC.

Denegado a antecipação de tutela ao recurso (fls. 58), foram dispensadas as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil.

O agravante comprovou o cumprimento do artigo 526 do CPC (fls. 61/62) e a parte agravada, apesar de intimada, deixou de apresentar contraminuta (fls. 63).

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O agravante arrematou 40,33% do imóvel matriculado sob o nº 38.300 do Cartório de Registro de Imóveis de Barretos/SP, conforme auto de arrematação datado de 15.05.2013 (fls. 21/22).

Diante de tais circunstâncias, requereu a expedição da carta de arrematação para a averbação no Cartório de Registro de Imóveis (fls. 25/26) e, posteriormente, o mandado de imissão na posse (fls. 40), o que foi deferido pelo juízo monocrático (fls. 41).

Entretanto, o magistrado reconsiderou a decisão anterior e indeferiu o pedido de imissão na posse, ao argumento de que, na condição de coproprietário, o arrematante deveria verificar a possibilidade de administração conjunta ou divisão amigável e, em caso de resistência, ingressar com a ação de divisão ou de extinção de condomínio, o que gerou a decisão agravada.

De fato, arrematada a parte ideal do imóvel no processo executivo, não há nada nos autos que impeça a imissão da posse, nem mesmo o fato de o bem estar em condomínio.

Isso porque o arrematante tem direito de ser imitido na posse do imóvel, independentemente de outras providências. Eventuais discussões sobre a propriedade e composse, deverão ser resolvidas posteriormente entre os condôminos, mas não nesta fase da execução.

Conforme dispõe o artigo 1.199 do Código Civil: “*Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.*”

Portanto, ainda que exista mais de um possuidor sobre o mesmo imóvel, nada impede que todos exerçam os atos possessórios sobre a coisa indivisa, sendo certo que, os desacertos entre os condôminos devem ser postulados, se o caso, pela via própria.

Neste sentido, já houve pronunciamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“ARREMATAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE.

1. O ARREMATANTE PODE OBTER DO JUÍZO MANDADO DE IMISSÃO NA POSSE DO IMÓVEL ARREMATADO, INDEPENDENTEMENTE DE OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

2. A CIRCUNSTÂNCIA DE ESTAR SENDO A POSSE EXERCIDA PRO-DIVISO OU PRO-INDIVISO, ASSIM COMO NÃO IMPEDIU A PENHORA E O DEPÓSITO, NÃO É CAUSA SUFICIENTE PARA OBSTAR A ORDEM JUDICIAL PARA QUE O DEPOSITÁRIO TRANSFIRA AOS ARREMATANTES A POSSE QUE EXERCE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”

Acesso ao Sumário

(REsp 116.798/GO, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/1997, DJ 12/05/1997, p. 18825)

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para determinar a expedição do mandado de imissão de posse em favor do arrematante correspondente à parte ideal do imóvel alienado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032030-69.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SCF COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS, são agravados IASSUHIRO TATENO, CAZUHICO TATENO, YUTAKA TATENO, MARIA SIGGELKOW TATENO, NOEMIA SETSUKO TATENO e ROMILDA MARIA TEIXEIRA NALON.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.419)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), RENATO RANGEL DESINANO e MARINO NETO.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

GIL COELHO, Relator

Ementa: Execução de Título extrajudicial - Penhora de valores relativos à previdência privada - Cabimento - Inaplicabilidade do art. 649, IV, do CPC - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Insurge-se a agravante contra a r. decisão, copiada a fls. 51/52, de indeferimento da penhora de eventuais valores relativos a previdência privada de titularidade dos agravados.

Alegou a agravante ser a referida penhora defendida pelo entendimento uníssono da doutrina e da jurisprudência. Alegou, mais, não ter alcançado a satisfação do crédito exequendo. Disse ter a r. decisão autorizado o bloqueio *on line* de valores que os agravados poderiam vir a possuir em suas respectivas contas correntes, tendo, porém indeferido de pronto o requerimento de

constrição de investimentos em previdência privada. Acrescentou que o E. STJ compartilha o entendimento de que quantia em fundo de previdência privada não possui caráter alimentar, mas sim de investimento para uso futuro, sendo, portanto, passível de penhora. Postulou pela antecipação da tutela recursal e pelo provimento ao agravo.

Houve resposta (fls. 62/68).

Eis o relatório.

A execução realiza-se no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados (art. 612 do CPC), valendo lembrar que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (art. 591 do CPC).

Nos termos do disposto no art. 655 do CPC, o dinheiro está em primeiro lugar na ordem de bens penhoráveis e não há outro meio menos gravoso para o devedor. Qualquer bem do devedor, em princípio, pode, por ele mesmo, ser transformado em dinheiro. Gravosa é a alienação do bem por meio judicial, com demora do procedimento, com possibilidade de não se obter melhor valor, além de haver custo com editais. O prejuízo acaba sendo do devedor.

O bloqueio de ativos financeiros visa também dar maior rapidez e eficácia à satisfação do credor. No caso dos autos, foi autorizado o bloqueio eletrônico de eventuais ativos financeiros dos executados, indeferida, porém a penhora de valores relativos a previdência privada.

É certo que o art. 649, IV, do CPC preceitua que: *"são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo"*. Todavia a impenhorabilidade prevista na lei refere-se aos proventos de aposentadoria propriamente ditos, isto é, aqueles que têm caráter alimentar e servem para atender às necessidades imediatas do devedor e de sua família e não os créditos que porventura estejam em aplicações vinculadas à sua conta corrente, incluindo os planos de previdência privada PGBL ou VGBL.

E esse é o entendimento deste Egrégio Tribunal:

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - PENHORA - DEPÓSITOS EM PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - PGBL - RENDIMENTOS - CARÁTER DE INVESTIMENTO - PENHORABILIDADE - AUSÊNCIA DE NATUREZA ALIMENTAR, NOS TERMOS DO ART. 649, IV, DO CPC - RECURSO PROVIDO.

(...) Com efeito, o dinheiro acumulado pelo executado, ora agravado, no

Acesso ao Sumário

fundo de previdência privada complementar Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL - não tem caráter alimentar a impedir a penhora requerida pelo agravante. Isso porque o valor depositado não é utilizado para o sustento do devedor ou de sua família, requisito para a impenhorabilidade absoluta, nos termos do art. 649, IV, do Código de Processo Civil, mas, ao contrário, trata-se de depósito com nítido caráter de investimento financeiro, razão pela qual pode ser penhorado". (AI nº 0271111-80.2011.8.26.0000, Rel. Des. Fernandes Lobo, 22ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. em 29.03.12).

"Execução fiscal. Decisão que não deferiu a penhora sobre valores que a devedora possui junto a instituição financeira sob a modalidade denominada 'V.G.B.L. - Proteção Familiar', por considerá-los impenhoráveis. Agravo da exequente buscando a cassação do decisório, ao argumento de que não se trata de seguro de vida, daí ser passível de constrição. Trata-se, realmente, de modalidade de plano de previdência complementar, que assume característica de aplicação financeira, não sendo propriamente seguro de vida, tampouco pecúlio, montepio ou renda de aposentadoria. Precedentes. Recurso provido para ser admitida a penhora sobre o referido bem". (AI nº 0005283-87.2012.8.26.0000, Rel. Des. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público TJSP, j. em 13.02.12)

Nesse sentido também já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante o seguinte julgado:

"RECURSO ESPECIAL. EX-DIREITOR DE BANCO. INTERVENÇÃO. POSTERIOR FALÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE TODOS OS BENS DOS ADMINISTRADORES (LEI N. 6.024/74, ART. 36). FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PGBL. NATUREZA DE POUPANÇA PREVIDENCIÁRIA. IMPENHORABILIDADE (LEI N 6024/74, ART. 36, § 3º; CPC, ART. 649, IV). INOCORRÊNCIA. VERBA QUE NÃO DETÉM NÍTIDO CARÁTER ALIMENTAR. (...) 4. O saldo de depósito em PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre não ostenta nítido caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, de relevante natureza de poupança previdenciária, porém susceptível de penhora. O mesmo sucede com valores em caderneta de poupança e outros tipos de aplicações e investimentos, que, embora possam ter originalmente natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo titular, perdem essa característica no decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passando a se constituir em investimento ou poupança. 5. Assim, a lei considera irrelevante o fato de os valores em fundo de plano de previdência privada terem sido depositados antes de o recorrente ter ingressado na gestão do Banco Santos, na qual permaneceu por apenas

cinquenta e dois dias. 6. Recurso especial a que se nega provimento”. (RESP 1121719/SP, Min. RAUL ARAÚJO, 4ª Turma, J. em 15/03/2011).

Nesse passo, negar o direito de penhora e resgate de eventuais investimentos em previdência privada de propriedade dos agravados, sob o fundamento de que estes seriam impenhoráveis contraria diretamente o entendimento deste E. Tribunal, bem como do C. Superior Tribunal de Justiça, merecendo, portanto, reforma a r. decisão no tocante a referida matéria.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2033465-78.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes ANTONIO MIGUEL DOS SANTOS, e RAQUEL APARECIDA PEREIRA SANTOS, é agravado SANTANDER BANESPA SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.399)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 16 de maio de 2014.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Tutela antecipada - Ação cominatória, cumulada com indenização por danos materiais e morais - Pretensão de mutuários ao pagamento de metade das prestações de contrato de financiamento - Coautor afastado do trabalho e tese de que tem direito a indenização de seguro proporcional à metade das prestações - Escopo de depositar em conta judicial o valor da metade - Inadmissibilidade - Credor do financiamento não integrado na relação processual - Pretensão tão-só ajuizada em face da seguradora - Requisitos da tutela, ademais, não preenchidos no que concerne ao direito à indenização securitária - Coautor no gozo de auxílio doença pago pela previdência social - Indenização que pressupõe aposentadoria por

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

invalidez permanente total - Recurso desprovido.

VOTO

Ajuizada ação cominatória pelos agravantes contra a agravada, cumulada com indenização por danos materiais e morais, fundada em contrato de seguro adjeto a contrato de compra e venda de imóvel com financiamento em que é financiador Banco Santander S/A. e cada agravante participa de 50% na composição da renda, o juízo de primeiro grau indeferiu tutela antecipada voltada à autorização de depósito em conta judicial das prestações pelo valor da metade, já que o coagravante está definitivamente afastado das suas atividades profissionais e a agravada se recusa ao pagamento da indenização correspondente à metade por força do seguro.

Entendido pelo juízo que não coexistem os requisitos do art. 273 do CPC, os agravantes se insurgem, alegando que pretenderam depositar mês a mês o valor das prestações do financiamento a cargo da coagravante, a fim de evitar a mora e a inclusão em cadastros de inadimplentes. Aduzem que há prova inequívoca do descumprimento do contrato de seguro, porquanto a agravada ignorou o sinistro, que consiste na doença do coagravante e na impossibilidade de trabalhar de acordo com laudos médicos.

Ainda não formada a relação processual, prescindiu-se da intimação da ré para contraminuta.

É o relatório.

Os recorrentes fazem alusão ao pedido de tutela antecipada que consistiria na autorização para o depósito em conta judicial do valor integral das prestações do contrato de financiamento.

Há ambiguidade no emprego da locução integral, pois o que os recorrentes requereram ao juízo de primeiro grau e reiteram no recurso interposto é autorização para o depósito de 50% do valor das prestações mensais contratadas, ou a metade que é proporcional à coautora, uma vez que o coautor está afastado do trabalho por doença, tudo a fim de evitar a mora e a inclusão em cadastros de inadimplentes pelo fato de a ré se recusar a cumprir contrato de seguro.

Feita essa digressão, em exame sumário próprio dessa fase de admissibilidade da ação ajuizada, falta razão aos recorrentes.

De início, o depósito pretendido não tem a aptidão de evitar a caracterização da mora que os recorrentes buscam atalhar.

O destinatário das prestações do financiamento, o mutuante Banco Santander S/A., sucessor de Banco ABN AMRO Real S/A., não ocupa o polo passivo na ação ajuizada exclusivamente em face de Santander Banespa Seguros S/A., ao menos até este momento.

Ora, se a pretensão é dirigida contra a seguradora, o só fato de ser ela do mesmo grupo econômico da instituição bancária financiadora não permite que sejam feitos depósitos a essa terceira alheia à relação processual.

A autorização para o depósito, do valor integral ou do proporcional à metade, em relação processual contra quem não é o credor do financiamento não é só inócua, é incabível.

Admitindo-se, apenas "***ad argumentandum tantum***", que o depósito fosse possível, faltam aos recorrentes os requisitos da tutela antecipada.

O art. 273 do CPC dispõe que: "*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação*".

Humberto Theodoro Júnior em ensaio sob o título "Tutela Antecipada e Tutela Cautelar", estampado na Revista dos Tribunais vol. 742/40-56, pondera que: "*Justifica-se a antecipação de tutela pelo 'princípio da necessidade', a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a 'efetividade' da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece- se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato*".

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes da instrução da causa, a tutela antecipada reclama, mais do que o "***fumus boni juris***", a prova inequívoca que consiste, no dizer do respeitado doutrinador, "*a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo*".

Se é verossímil a asserção de que o coautor está afastado do trabalho por doença e em exame da Previdência Social foi constatada a sua incapacidade laborativa, é também verdade que ao ser ajuizada a pretensão, em setembro de 2013, não estava ele aposentado por invalidez ou permanentemente incapacitado, e sim no gozo de auxílio doença prorrogado para o dia 30 de outubro de 2013 (v. fls. 33 ou fls. 27 do processo).

Acesso ao Sumário

Assim é que, nos termos da cláusula "7.4." das condições gerais do seguro habitacional solenizado entre os demandantes, sob a rubrica "*caracterização da invalidez permanente total*", a invalidez há de ser permanente e comprovada mediante declaração médica idônea, estipulando a sub-cláusula "7.4.2" que: "*A aposentadoria por invalidez concedida por instituições oficiais de previdência social, assim como por órgãos do poder público e por outras instituições público-privadas, não caracteriza, por si só, Quadro Clínico Incapacitante que comprove a Invalidez Permanente Total*".

Portanto, sem exame mais atilado não milita em prol dos agravantes a tutela antecipada de direito à indenização securitária proporcional à metade do

valor das prestações mensais do financiamento. O coautor não está aposentado; está afastado temporariamente e, mesmo assim, por instituição oficial de previdência social, a depender de exame médico de caracterização de invalidez permanente total.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2049452-91.2013.8.26.0000, da Comarca de Cafelândia, em que é agravante COOPERATIVA AGRÍCOLA MISTA DE ADAMANTINA - CAMDA, são agravados AIRTON EDGAR AUGUSTO, MARIO CESAR DA SILVA AGRICULTURA ME, CARLOS ALBERTO AGRICULTURA, OSMAR DA SILVA e JULIO CESAR MORANDO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, conheceram do recurso, e, por unanimidade, negaram-lhe provimento. V.U. Declarará voto o 2º desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente), RICARDO NEGRÃO e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 5 de maio de 2014.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Competência. Competência recursal. Prevenção. Câmaras pertencentes a diferentes Seções de Direito Privado. Inocorrência. Inteligência do disposto nos artigos 103 e seguintes do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça e artigos 5º, II.3, e 6º, *caput*, da Resolução TJSP nº 623/2013. Impossibilidade desta Câmara Reservada de Direito Empresarial, integrada à Primeira Subseção da Seção de Direito Privado, apreciar e julgar agravos das partes oriundos de execuções por títulos extrajudiciais, cuja matéria está compreendida na competência da Segunda Subseção da Seção de Direito Privado.

Recurso. Agravo de instrumento. Pressupostos de admissibilidade. Tempestividade. Atendimento.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Comprovação de que a agravante tomou conhecimento do processo de recuperação judicial com a notícia de sua distribuição nos autos das execuções ajuizadas contra os agravados.

Recuperação judicial. Requerimento por produtores rurais em atividade por prazo superior àquele de 2 (dois) anos exigido pelo artigo 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, integrantes de grupo econômico na condição de empresários individuais respaldados pelos artigos 966 e 971 do Código Civil e/ou de sócios das sociedades coautoras. Legitimidade reconhecida. Irrelevância da alegada proximidade entre as datas de ajuizamento do feito e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresários individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal. Manutenção do deferimento do processamento da demanda.

Agravo de instrumento conhecido por maioria e desprovido por votação unanime.

VOTO

Agravo de instrumento interposto a r. decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial requerida por “Grupo Cafealcool ACJM”, grupo econômico composto pelas pessoas jurídicas Cafealcool Açúcar e Álcool Ltda., ACJM Agricultura Ltda., Airton Edgar Augusto-ME, Carlos Alberto Albuquerque Agricultura-ME, Julio Cesar Morando-ME, Mario Cesar da Silva Agricultura-ME e Osmar da Silva.

Acesso ao Sumário

A agravante afirma ser credora das pessoas físicas dos produtores rurais Airton Edgar Augusto, Carlos Alberto Albuquerque, Julio Cesar Morando, Mario Cesar da Silva e Osmar da Silva, por dívidas contraídas na qualidade de cooperados/associados em meados do ano de 2012, antes de os devedores constituírem suas empresas individuais perante a Junta Comercial. Aduz que tal constituição somente teria sido ocorrida em 05.09.2013, menos de um mês antes do ajuizamento da recuperação judicial, no intuito desleal de blindar os

devedores, protelar a satisfação dos débitos e ludibriar o Poder Judiciário.

Alega ter sido surpreendida pelo deferimento do processamento da recuperação judicial com a inclusão dos créditos que buscava receber das pessoas físicas inadimplentes em demandas executivas suspensas por determinação do MM. Juízo *a quo*. Reputa juridicamente impossível a pretensão de incluir em recuperação judicial qualquer débito contraído por produtor rural pessoa física, apesar da aparente classificação deste como empresário pela redação dos artigos 971 e 984 do Código Civil. E acrescenta, ainda, que mesmo se os devedores fossem realmente empresários, à luz dos artigos 966, 982, 967 e 971 do Código Civil, estariam impedidos de requerer a recuperação porque não se amoldariam às normas dos artigos 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005, que exigem o exercício regular da atividade há mais de 2 (dois) anos no momento do pedido e petição inicial instruída com certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, ato constitutivo atualizado e atas de nomeação dos atuais administradores, entre outros documentos.

Conclui, assim, que o registro não confere a condição de empresário, sequer nas hipóteses dos artigos 971 e 984 do Código Civil, mas que nada impede a legitimidade da pessoa exploradora de atividade rural para requerer a recuperação judicial se ela se registrar na Junta Comercial e cumprir o período mínimo de 2 (dois) anos de exercício regular, estabelecido no artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, requisito este não atendido no caso em tela.

Requer a concessão de efeito suspensivo para sustar o processamento da recuperação judicial, bem como a antecipação da tutela recursal para retomada do andamento dos feitos executivos por ela ajuizados. E, ao final, o provimento do recurso, com o reconhecimento da ausência do requisito de exercício regular por 2 (dois) anos previsto no artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 e consequentes denegação do pleito de processamento da recuperação judicial e extinção do processo nos termos do artigo 267, I e IV, do Código de Processo Civil.

O Relator conferiu efeito suspensivo para sustar a eficácia da r. decisão recorrida exclusivamente em relação aos agravados até o pronunciamento da C. Câmara (fls. 1.574).

Processado o recurso, a agravante comprovou o cumprimento do disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil (fls. 1.583/1.593), os agravados apresentaram contraminuta com preliminar de intempestividade e, no mérito, pedido de manutenção da r. decisão guerreada (fls. 1.596/1.625). Peticionaram, ainda, pelo julgamento conjunto deste agravo com os agravos de instrumento nºs 2056817-02.2013.8.26.0000, 2056777.20.2013.8.26.0000 e 2056800.63.2013.8.26.0000, por tratarem da mesma relação jurídica, matéria, fatos e atos jurídicos do presente, devido à prevenção desta C. Câmara Reservada de Direito Empresarial, firmada nos termos do artigo 105 do Regimento Interno

Acesso ao Sumário

deste E. Tribunal de Justiça (fls. 1.628/1.629).

Às fls. 1.630/1.636, Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório do essencial.

Descabe a alegação dos agravados de que esta C. Câmara teria competência preventa para os agravos de instrumento nºs 2056777-20.2013.8.26.0000, 2056800-63.2013.8.26.0000 e 2056817-02.2013 (fls. 1.628/1.629).

As regras de competência jurisdicional dispostas nos artigos 103 e seguintes do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça restringem a competência preventa para o âmbito de cada Seção que compõe a estrutura da Corte. Nos termos do artigo 105, *caput*, "*a Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados*".

Os agravos de instrumento aludidos pelos agravados foram interpostos contra decisões proferidas em execuções por títulos extrajudiciais, cuja matéria está compreendida na competência da Segunda Subseção da Seção de Direito Privado, composta pelas 11ª a 24ª, 37ª e 38ª Câmaras, conforme estabelecido no artigo 5º, II.3, da Resolução TJSP nº 623/2013. O presente agravo, por sua vez, tem origem em processo de recuperação judicial, para o qual a competência recursal está destinada às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, integradas à Primeira Subseção da Seção de Direito Privado, por força do artigo 6º, *caput*, da referida resolução.

Diversas as competências, conforme demonstrado, não há falar em prevenção desta C. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial para o julgamento dos agravos de instrumento nºs 2056777-20.2013.8.26.0000, 2056800-63.2013.8.26.0000 e 2056817-02.2013.

Superada esta questão, é de se afastar, também, a preliminar de intempestividade arguida pelos agravados, na medida em que há provas de que a agravante tomou conhecimento do processo de recuperação judicial com a notícia de sua distribuição nos autos das execuções ajuizadas contra os agravados, conforme noticiado na petição de fls. 1.037/1.038 e 1.054/1.112.

No mérito, os documentos acostados à petição inicial da demanda e reproduzidos no instrumento às fls. 53/248 e 728/737, principalmente, demonstram que todos os requerentes são produtores rurais por prazo superior àquele de 2 (dois) anos exigido pelo artigo 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, integrantes - como empresários individuais respaldados pelos artigos 966 e 971 do Código Civil e/ou como sócios das sociedades coautoras Cafealcool Açúcar e

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Álcool Ltda. e ACJM Agricultura Ltda. - do Grupo Cafealcool ACJM, formado há aproximadamente 3 (três) décadas para a exploração das atividades rurais de plantio, colheita, transporte, industrialização e comercialização de cana de açúcar, álcool e aguardente.

Assim, torna-se irrelevante o fato, alegado pela agravante, da proximidade entre as datas de ajuizamento da recuperação judicial e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresários individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Isto porque se mantém firme a jurisprudência no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal:

> *"RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL. DOCUMENTO SUBSTANCIAL. INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO.*
>
> *1.- O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural.*
>
> *2.- Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação."*
>
> *(STJ - Terceira Turma - REsp nº 1.193.115/MT - Rel. designado Min. Sidnei Beneti - j. 20.08.2013, DJe 07.10.2013)*

Digno de transcrição, por sua adequação ao presente caso, o seguinte trecho do voto vencedor do Ministro Sidnei Beneti:

> *"A jurisprudência, é certo, já dispensou a exigência de comprovação documental, inscrição na Junta Comercial durante todo o período mínimo de dois anos, mas jamais dispensou a exigência legal de comprovação da documental da condição de comerciante, documento esse que constitui documento substancial que necessariamente deve vir com a petição inicial ou no prazo de aditamento da inicial (CPC,*

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

art. 284). Com efeito, apenas se admitiu, como noticiado em nota do repertório de THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO G. GOUVÊA, LUÍS GUILHERME A. BONDIOLO e JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA ('CPC', S. Paulo, Saraiva, 45ª ed., 2013, p. 1523, nota 1ª ao art. 48 da Lei 11.101/2005) que 'o requisito 'exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido de recuperação judicial' não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial no momento do pedido' (JTJ 336/644: AI 604.160-4/8-00).

De qualquer forma, a inscrição no registro de comércio exige-se, necessariamente, antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, não havendo como suprir-se pela inscrição posterior, como no caso, em que, como constante do Acórdão recorrido, veio, essa inscrição, a dar-se 55 dias após o ingresso do pedido de recuperação em Juízo."

Reconhecida neste ato a legitimidade dos empresários agravados para o requerimento da recuperação judicial, de rigor a manutenção da r. decisão de primeiro grau que deferiu o seu processamento.

Ante o exposto, por maioria conheceram do recurso, e por votação unanime, negaram provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 26.350)

1) Agravo de Instrumento em formato digital, contendo 1640 páginas, sendo que as primeiras 21 são as razões recursais. Da 22ª à 873ª páginas o instrumento traz cópia de documentos que se encontram no pedido de recuperação.

A página 874 é o relatório de acompanhamento processual da empresa Renuka do Brasil S/A e a de 877, acórdão de lavra do Des. Pereira Calças na recuperação da Agrenco Administradora de Bens.

A decisão de processamento encontra-se em fl. 893-894. (em fl. 907 há pedido de consulta dos autos pela Dra. Alessandra Braus Moreira e em fl. 924, pedido de consulta do Dr. Vladimir Lozano Jr.).

Em fl. 1034 inicia-se cópia do 6º volume dos autos originais. Em fl. 1340 há cópia de execução individual promovida pela AI contra as pessoas naturais.

Acesso ao Sumário

Idem em fl. 1447.

Contrarrazões em fl. 1596-1625. Parecer do MP em fl. 1630-1636, pelo desprovimento do recurso (Dra. Selma Negrão).

A certidão de publicação da relação de credores foi feita em 8 de outubro de 2013 (fl. 925) e a publicação com a intimação para as habilitações ocorreu em 14 desse mesmo mês e ano (fl. 936).

Este agravo foi, portanto, interposto intempestivamente aos 12 de novembro de 2013 (fl. 1).

Pelo meu voto, não conheceria o recurso por intempestividade.

2) Se conhecido o recurso, acompanho o Relator. Lembro que há integração de atividades e vínculo de interesses entre as empresas recuperandas, motivo suficiente a autorizar um mesmo tratamento para todos os integrantes do grupo econômico.

3) Além disso, este é um dos casos em que entendo que se indica necessário valer-se do instituto de recuperação simultânea, por aplicação histórica do disposto no art. 180, do Decreto-lei nº 7.661/45 que dispunha que "o pedido de concordata de sociedade em que haja sócio solidário que exerça individualmente o comércio deve ser acompanhado do pedido de concordata do sócio com seus credores particulares, o qual está sujeito às mesmas condições estabelecidas no parágrafo único do art. 177".

4) É evidente que se não for deferido processamento da recuperação aos sócios pessoas naturais os credores desses sócios poderão, nas situações previstas na lei falimentar, requerer sua falência e valerem-se exclusivamente de todo o patrimônio individual desses sócios, causando séria dificuldade à recuperação da sociedade a que pertencem e que se encontra em recuperação social.

E, mais, em razão do vínculo das atividades, de qualquer maneira, em caso de falência, com muita probabilidade os credores sociais de uma massa também serão credores em outra massa em razão de obrigações solidárias assumidas pelas pessoas naturais.

5) Com esses fundamentos, não conheceria o recurso e, quanto à matéria de fundo, acompanho o r. e bem proferido voto do Relator.

RICARDO NEGRÃO, 2º Juiz, com voto parcialmente divergente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2057617-93.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante KLEBER LOUBAQUE GOMES, é agravado BANCO PANAMERICANO

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

S/A.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.583)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO - DECISÃO QUE NÃO CONHECE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PORQUE INTERPOSTOS EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - CABIMENTO DO RECURSO EM FACE DE QUALQUER DECISÃO JUDICIAL - PROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de inconformidade tirada nos autos de busca e apreensão, a desafiar r. decisão reproduzida a fls. 13, que não conheceu dos embargos de declaração porque ofertados em face de decisão interlocutória.

Sustenta o agravante, em suma, cabíveis os declaratórios para aclarar decisão interlocutória. Indica possibilidade de revisão de liminar anteriormente concedida, alegando tratar-se de matéria de ordem pública. Assevera que o feito deve ser extinto.

Recurso processado sem suspensividade (fls. 174).

Certificado a fls. 176 o decurso ***“in albis”*** do prazo para contraminuta.

É o breve relatório.

Limita-se a apreciação, neste agravo, à viabilidade de conhecimento dos embargos interpostos em face de r. decisão interlocutória copiada a fls. 165.

Exame de argumentos tecidos no recurso e voltados à extinção do feito não foram enfrentados pelo I. Juízo de piso. Assim, vedada sua análise nesta oportunidade sob pena de indevida supressão de grau de jurisdição.

Denota-se do instrumento que houve manejo tempestivo de embargos de declaração oposto em face de r. comando que julgou prejudicado pedido do irresignado, reproduzido a fls. 161/162.

Houve rejeição dos declaratórios, registrando o r. ***“decisum”*** que o

Acesso ao Sumário

recurso é cabível contra sentença.

Respeitado o entendimento do I. Magistrado, solução diversa se impõe.

A teor do artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, cabível o recurso de embargos de declaração quando houver obscuridade, contradição ou omissão no tocante a ponto sobre o qual indispensável o pronunciamento do Julgador.

Pese indicado no dispositivo legal seu cabimento diante de sentença ou acórdão, pacificado o entendimento de que cabíveis em face de qualquer decisão.

Em comentário sobre o artigo, anota Theotonio Negrão[1]:

"Decisão interlocutória. Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente liberal do art. 535 do CPC atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais" (STJ-RF 349/235 e RP 103/327: Corte Especial, 10 votos a 4). Mais recentemente: STJ-2º T., Resp 1.017.135, Min. Carlos Mathias, j. 17..4.08. No mesmo sentido: RSTJ 94/227, 97/277, 145/59; STJ-RF 348/289; STJ-RTJE 176/268; RT739/313, 799/271, JTJ 204/222; JTA 66/178, 114/55, 121/59; Lex-JTA 155/264, 161/73; RJ250/87; RJTAMG, 65/56, RTJE 165/224.

No mesmo sentido, registram Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery[2]:

"Embora se refira apenas à sentença e acórdão, os vícios apontados na norma comentada não podem subsistir na decisão interlocutória, que deve ser corrigida por meio de EDcl. Nesse sentido: Nery. 'Recursos', n.3.3.2, p. 244/245; Barbosa Moreira, 'Coment.', ns. 140c298, pp. 248 e 549/550; Almeida Baptista, 'Emb. Decl.', 87; Moniz de Aragão. RT 633/14; Miranda, 'Emb. Decl.', 43; Bermudes. 'Coment.', n. 202, p. 230; Bermudes, 'Reforma', 66; Alvim Wambier. 'Agravos', n. 11.4, p. 588/592; Simardi Fernandes. 'Emb. Decl.'. n. 5, p. 47/53".

Este, ainda, o posicionamento desta C. Câmara, ***"verbis"***:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA DESPACHO. DECISÃO COM CAPACIDADE DE CAUSAR PREJUÍZO À PARTE. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO AFASTADO. DECISÃO ANULADA. RECURSO PROVIDO. Qualquer decisão, ainda que não extinga o processo, mas

1 *In* "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", Saraiva, 43ª edição, nota 11c ao art. 535 do CPC, pág. 696.

2 *In* "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor", 13ª edição, Revista dos Tribunais, p. 1.086.

que tenha capacidade de causar prejuízo à parte e aparentemente tenha a forma de despacho, pode ser impugnada por embargos de declaração. Na hipótese vertente, o ilustre Juiz de primeira instância não conheceu dos embargos, sob o fundamento de que tal recurso não é admitido contra despacho. No entanto, o caráter decisório da referida deliberação é evidente, de modo que os embargos devem ser conhecidos e julgados". (Agravo de Instrumento nº 0039284-64.2013.8.26.0000, Rel. Des. Adilson de Araújo, 31º Câmara de Direito Privado, j. em 19.03.2013).

Se o ato judicial contém vício, oportuno saná-lo.

Assim, de rigor o enfrentamento dos declaratórios.

Dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023271-53.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROSÂNGELA MARIA DE OLIVEIRA LUTTI, é agravado BROOKFIELD RIO DE JANEIRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.590)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente), ARALDO TELLES e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 6 de maio de 2014.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Preliminar de não conhecimento - No caso, cabível interposição de agravo, por se tratar de segundos embargos declaratórios que sequer foram recebidos e sendo determinado certificação do trânsito em julgado - Preliminar afastada.

AGRAVO DE INSTRUMETNO - Preliminar de não conhecimento - Falta de peças úteis ou essenciais para o deslinde da insurgência - Em se tratando de peças facultativas (arts. 522 e 525, II, CPC), o C. STJ já consolidou a tese no sentido de que a ausência

delas não leva, de imediato, ao não conhecimento do recurso, devendo, se o caso, ser determinada a complementação do instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que deixou de receber os segundos embargos declaratórios, ressaltando que foram "opostos contra sentença, já embargada por uma vez e com análise completa do recurso", tendo ocorrido "preclusão consumativa" - Ocorre que, inexistindo omissão e ainda que opostos primeiros embargos já rejeitados, não é caso de não conhecimento ou de não recebimento, pois não se confunde com ausência de requisito ou de pressuposto recursal (como a tempestividade, por exemplo) - Esse fato não afasta a interrupção do prazo recursal - Acolhimento do agravo para que seja determinada a análise dos segundos embargos declaratórios.

Agravo provido.

VOTO

Em ação monitória, o Juízo não recebeu os segundos embargos de declaração opostos pela requerida, "ante a preclusão consumativa operada", determinando fosse certificado o trânsito em julgado (fls. 39; ref. 200 dos originais).

Insurge-se a ré. Alega: **a)** o Juízo desconsiderou que ela se manifestou resumida, porém expressamente, apontando vícios na decisão que julgou os primeiros declaratórios, não se podendo falar em "preclusão consumativa"; **b)** negada vigência aos arts. 535, I e II, e 538, § único, do CPC e art. 93, IX, da CF; **c)** "o Juízo não conheceu dos embargos não porque fossem intempestivos ou porque estivessem 'disfarçados' de qualquer intenção que não fosse a manifestação acerca de questão omissa"; **d)** "de fato se apresentou omissa a decisão acerca de anteriores embargos ... sobre haver a sentença se omitido quanto à necessária aplicabilidade dos artigos 398, *caput* do art. 471 e art. 472 do Código de Processo Civil (além da contradição em qualificar de 'inovadora forma de defesa' a alegação de litispendência, que há 40 anos está prevista no CPC 301, V), tendo o Juízo rejeitado os embargos por meramente alegado *nítido caráter infringente* (sic), o que não é verdade"; **e)** "... apresentara fundamentadas razões a apontar **omissões e contradições no julgado**, com o que a infringência seria **consequência** do provimento dos embargos declaratórios, **não o pedido** nos mesmos, a respeito do que preconiza a melhor doutrina"; **f)** "tendo sido omissa, oferecidos embargos tempestivos, evidente que restou suspenso o

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

prazo para recurso da decisão que julgou os EDecl.”; **g)** “a decisão que julgou a monitória procedente deveria haver se manifestado acerca da suscitada necessária aplicabilidade dos artigos 398, *caput* do art. 471 e art. 472 do CPC”, “não o tendo feito, com a apresentação dos embargos poderia afastar essa omissão e dar aplicação aos dispositivos”, “até porque, verificando essa omissão, **se ... não as provocasse por meio dos EDecl**, esse C. Tribunal ... poderia concluir preclusa a oportunidade”; **h)** ainda que não fossem oportunos e que fossem protelatórios os embargos (que não é o caso), uma vez tempestivos, suspenderam o prazo para recurso, ainda que rejeitados e reiterados, pois a pena por interposição de protelatório é pecuniária (art. 538, § único, CPC); **i)** o Juízo, “quando decidiu ‘deixar de receber os embargos’ ... *ex officio* ... ultrapassou os limites legais na análise do recurso”; **j)** “padece ainda o *decisum* de fl. 200 de insanável vício, o da ofensa aos artigos 458 e 535 do CPC, ... nos EDecl interpostos”, “apontou com clareza onde e por quê o Magistrado ... se omitiu e deixou de fundamentar a decisão acerca da matéria posta em juízo (não houve a alegada “*análise completa do recurso*”: a necessária aplicabilidade dos artigos 398, *caput* do art. 471 e art. 472 do CPC ..., mas o ... Juiz deixou de examinar as questões suscitadas, sendo, por isto, passível de nulidade sua decisão ...”

Requer atribuição de efeito suspensivo ao recurso e o seu provimento, “com a reforma do r. despacho de fls. 200 ... para, nos termos dos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil, decretar a nulidade do desp. em questão, determinando ao Juízo ... prolação de novo *decisium* esclarecendo a obscuridade - a que “*acórdão embargado*” se refere a anterior decisão, e fundamentando-a acerca dos dispositivos legais evocados ... (artigos 398, *caput* do art. 471 e art. 472 do CPC) ...; ou, não sendo este o entendimento ...”, requer “a reforma do r. despacho de fls. 200 ... para, nos termos do art. 538 do Código de Processo Civil, anular a decisão de trânsito em julgado e reabrir prazo para apelação”.

Concedi efeito suspensivo ao recurso (fls. 42/43).

A agravada respondeu (fls. 50/62), com preliminares de não conhecimento do recurso.

É o relatório.

1. Afasto a primeira preliminar suscitada pela agravada de não conhecimento do recurso.

Contra a decisão que acolhe ou rejeita os embargos de declaração opostos em face de sentença, cabível a interposição de apelação, não há dúvida.

Contudo, no caso, tratando-se de decisão que deixou de receber os embargos de declaração e determinou fosse certificado o trânsito em julgado, cabível era mesmo a interposição de agravo de instrumento.

Quanto a serem cabíveis, ou não, segundos embargos declaratórios, é questão que diz com o mérito deste recurso e adiante será analisada no voto.

Acesso ao Sumário

2. Igualmente, a segunda preliminar suscitada pela agravada não merece acolhimento.

É certo que a agravante deveria ter juntado diversas outras peças úteis ou essenciais para a exata compreensão da controvérsia. Porém, em se tratando de peças facultativas (arts. 522 e 525, II, do CPC), o Colendo Superior Tribunal de Justiça, já consolidou a tese no sentido de que a ausência delas não leva, de imediato, ao não conhecimento do recurso, devendo, se o caso, ser determinada a complementação do instrumento.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, no julgamento do Recurso Especial nº 1.102.467/RJ (Relator Ministro MASSAMI UYEDA, j. 02.05.2012, DJe 29.08.2012), consolidou a tese no sentido de que:

> "... no agravo do artigo 522 do CPC, entendendo o Julgador ausente peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverá ser indicado quais são elas, para que o recorrente complemente o instrumento".

E, como assinalam THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, LUIS GUILHERME A. BONDIOLI, JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Editora Saraiva, 45ª ed./2013, nota 7 ao art. 525, pág. 692),

> "Com isso, tende a ficar superado o entendimento no sentido de que a ausência de peças necessárias para a compreensão da controvérsia leva de imediato ao não conhecimento do agravo, sem chance para a complementação do instrumento (p/ esse entendimento, v. STJ-Corte Especial, ED no REsp 449.486 e ED no REsp 509.394)".

E, no caso, como não se está a adentrar ao mérito das questões objeto dos embargos de declaração, mas apenas na questão formal daquele recurso, não se mostram imprescindíveis os demais documentos do feito de origem.

3. O agravo merece acolhimento.

O Juízo, ao analisar os segundos embargos declaratórios, deixou de recebê-los, ressaltando que foram "opostos contra sentença, já embargada por uma vez e com análise completa do recurso", tendo ocorrido "preclusão consumativa" (fls. 39/40).

Ocorre que, inexistindo omissão e ainda que opostos primeiros embargos já rejeitados, não era o caso de não conhecimento ou de não recebimento, mas de rejeição. A inexistência de omissão ou a rejeição de anteriores embargos não resulta ou não se confunde com ausência de requisito ou de pressuposto recursal (como a tempestividade, por exemplo).

Esse fato não afasta a interrupção do prazo recursal. A oposição de embargos declaratórios, se não forem intempestivos, interrompe a contagem do prazo recursal, conforme jurisprudência pacífica.

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Anotam THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, 41ª edição/2009, nota 2 ao art. 538, pág. 751),

> "Os embargos de declaração rejeitados pela inexistência da obscuridade, contradição ou omissão, na decisão embargada, interrompem o prazo para outros recursos. Nesse sentido: RSTJ 182/303."
>
> "..."
>
> "Em síntese: 'Se não forem manifestamente intempestivos, os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outro recurso, por qualquer das partes (art. 538, *caput*, do CPC). Não é o conteúdo dos embargos de declaração que regula a sua tempestividade ou a aplicação do efeito interruptivo do prazo recursal. Ainda que os segundos embargos de declaração não possam ser acolhidos, porque o embargante aponta vícios existentes no ato anteriormente embargado, não na decisão que julgou os primeiros declaratórios (preclusão consumativa), haverá a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos.' (STJ-3ª T., REsp 816.537- AgRg, Min. Gomes de Barros, j. 25.9.07, DJU 15.10.07)."

Tempestivos os segundos embargos declaratórios, houve interrupção do prazo recursal, não tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença e dos primeiros embargos declaratórios. Assim, anula-se a decisão de fls. 39/40 (ref. fls. 200 dos originais) para que outra seja proferida, analisando-se os segundos embargos declaratórios.

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2014309-07.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante L.A.C., é agravado L.C.C..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 21491)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 22 de maio de 2014.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. ARTIGO 273 DO CPC. REQUISITOS PRESENTES. ALIMENTANDA COM 24 ANOS DE IDADE, QUE FREQUENTA CURSO SUPERIOR GRATUITO E SEMPRE EXERCEU ATIVIDADE LABORATIVA. NECESSIDADE DA CONTINUIDADE DO PENSIONAMENTO NÃO DEMONSTRADA. CARÁTER IRREPETÍVEL DOS ALIMENTOS. DECISÃO QUE SUSPENDEU O DEVER ALIMENTAR MANTIDA.

RECURSO DESPROVIDO.

Jurisprudência - Direito Privado

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L.A.C. contra r. decisão que deferiu a tutela antecipada e exonerou o agravado, seu genitor, do dever alimentar (fls. 02/16).

Insiste na necessidade de receber alimentos, alegando, em síntese, que ainda estuda e que não tem condições de se manter por conta própria. Sustenta, ainda, a possibilidade do agravado de continuar lhe auxiliando, muito embora tenha constituído novo núcleo familiar (fls. 01/08).

A liminar foi indeferida (fls. 112/113).

É o relatório.

A decisão impugnada deve ser mantida.

O dever dos pais de prestar alimentos aos filhos, com fundamento no pátrio poder, cessa quando estes atingem a maioridade civil.

Excepcionalmente, a jurisprudência tem admitido a continuidade do encargo, com fundamento nas relações de parentesco (art. 1.694, CC), quando o filho encontra-se estudando e não tem condições de se manter por conta própria.

Acesso ao Sumário

Sobre a questão, a lição de Yussef Said Cahali: “*O dever de sustento se extingue com a maioridade, ou mesmo com a emancipação do filho: ao romper-se o vínculo do pátrio poder cessam os efeitos pessoais do mesmo, entre os quais o dever de sustento do filho, e surge como única e autônoma a prestação legal de alimentos condicionada agora, esta, ao estado de necessidade do filho e à possibilidade do genitor.*” (Dos alimentos. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2002. Págs. 528/529).

Na hipótese, ao menos nessa sumária cognição, a agravante não

demonstrou, sequer na contestação apresentada, a necessidade de continuar sendo pensionada por seu genitor.

Trata-se de jovem com 24 anos de idade, que goza de boa saúde, cursa o último semestre de curso universitário gratuito (FATEC) e que exerceu atividade laborativa remunerada pelo menos nos últimos dois anos.

Tudo indica, portanto, que já têm plenas condições de se manter sem o auxílio do genitor que, a seu turno, constituiu novo núcleo familiar, circunstância que provavelmente incrementou sensivelmente suas despesas mensais.

Nesse contexto e tendo em conta ainda a natureza irrepetível dos alimentos, parece-me acertada a decisão que suspendeu o pensionamento até o deslinde da controvérsia.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022564-85.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante B.S.S.A., é agravado I.B..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1287)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e HELIO FARIA.

São Paulo, 13 de junho de 2014.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Obrigação de fazer - Insurgência contra decisão que recebeu o pedido de tratamento *home care* como aditamento à inicial e concedeu novo prazo para resposta, mesmo já tendo havido contestação - Alegação de ofensa ao artigo 264 do CPC - Não se trata propriamente de modificação do pedido - Caso deve ser analisado a luz do art. 461 do CPC - Trata-se de complementação do tratamento de saúde do autor, que padece de câncer de rim, diante da evolução de seu estado de saúde - É tutela específica concedida para assegurar a eficácia

do provimento jurisdicional - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado contra r. decisão de págs. 34 que acolheu o pedido de ampliação da liminar para obrigar a ré a também prestar atendimento *home care*, mesmo após a contestação da agravante, abrindo prazo para o oferecimento de defesa quanto aos pedidos liminar e definitivo de tratamento na modalidade *home care*, sob pena de revelia parcial.

Propugna a agravante a reforma da decisão que recebeu a manifestação da agravada como aditamento à inicial sem o consentimento da agravante depois de efetuada a citação.

Foi indeferido o efeito suspensivo (pág. 244) e apresentada a contraminuta (págs. 247/256).

É o relatório.

Não foi concedido efeito suspensivo ao presente recurso "vez que em se cuidando de tratamento médico, o desdobramento da doença não impede a ampliação da tutela, conforme o art. 461 do CPC, de modo que o provimento jurisdicional tenha eficácia" (pág. 244).

E assim a decisão agravada deve ser mantida.

A decisão deve ser analisada a luz do art. 461 do CPC:

"Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento."

No caso dos autos, o autor, em tratamento de câncer de rim, com metástase na coluna e pulmão, teve recomendado por relatório médico, tendo em vista a evolução de seu grave e sofrido estado de saúde, o tratamento *home care* com fisioterapia motora três vezes ao dia e cama hospitalar em três posições, dependendo de oxigênio úmido (págs. 199/206).

Trata-se de medida complementar ao tratamento já recebido pelo autor, que visa, em última análise, o cuidado de sua saúde, que é a expectativa que se tem com a contratação de um seguro saúde. Assim, pois, trata-se, no caso, de tutela específica concedida pelo Juiz para assegurar a eficácia do provimento jurisdicional, segundo dispõe o art. 461 do CPC.

Não se trata propriamente de alteração do pedido, conforme dispõe o art. 264 do CPC, o qual a agravante alega ter sido ofendido.

De outro lado, foi assegurado pelo Juízo a ampla defesa e contraditório, de modo que ausente qualquer prejuízo à agravante.

Acesso ao Sumário

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023398-54.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ROGÉLIO CORNÉLIO MAMANI PONCE e JULIA SARZURI BERNA, são agravados ORLANDO TABARRO, IVETE DA PENHA RAMOS TABARRO, ARSÉLIO AUGUSTO LOURENÇO e ELVIRA TEIXEIRA LOURENÇO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 988)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), WALTER BARONE e HENRIQUE NELSON CALANDRA.

São Paulo, 23 de junho de 2014.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento - Rescisão contratual - Indeferimento de antecipação de tutela para imediata entrega das chaves do imóvel - Apesar de haver prova inequívoca da verossimilhança da alegação de que o imóvel já deveria ter sido entregue e do pagamento das prestações, não está caracterizado, por enquanto, risco de dano irreparável ou de difícil reparação, pois a espera já dura dois anos, há pedido de indenização e não há nenhum indício de que os autores não possam aguardar a citação e eventual contestação - Mantém-se a decisão - Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação revisional de contrato de "compra e venda e promessa de cessão de direitos" cumulada com pedido indenizatório, indeferiu antecipação de tutela para entrega das chaves ou imissão de posse.

Recorrem os autores, compromissários compradores.

Sustentam que pagaram a entrada de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e estão cumprindo com as prestações. Contudo, não receberam o imóvel, cuja entrega fora prometida em até 90 dias da assinatura do contrato. Já se passaram dois anos e, por isso, são obrigados a pagar aluguel de outro imóvel.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, sem resposta.

É o relatório.

De fato, a cláusula 6ª do contrato (fls. 49) prevê a entrega das chaves em até 90 dias da assinatura do contrato, que se deu em março de 2012 (fls. 50).

Os agravantes não explicam porque deixaram de propor ação tão logo terminou aquele prazo.

Há um aditamento ao contrato datado de 21 de maio de 2013 (fls. 57/58), que faz menção ao contrato assinado em 10 de maio de 2013 (e não em março de 2012).

Essa incompatibilidade de datas e o motivo pelo qual aceitaram o aditamento, apesar da não entrega do imóvel, também carecem de explicação.

Apesar disso, esse aditamento não alterou a cláusula da entrega do imóvel.

Assim, há prova inequívoca da verossimilhança da alegação de que o imóvel já deveria ter sido entregue e de pagamento de parte do preço (depósitos bancários de fls. 60/67).

No entanto, não está caracterizado, por ora, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Eventual demora na entrega será indenizado, conforme pedido na inicial.

E os agravantes estão esperando há dois anos e nada indica que não possam esperar a citação e eventual contestação.

Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048837-67.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARIA FERRI SOARES VEIGA, é agravado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18648)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL

Acesso ao Sumário

BRANDI (Presidente) e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

HENRIQUE NELSON CALANDRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de Saúde. Ação de obrigação de fazer. Decisão agravada que, em execução provisória de sentença, determinou a intimação da executada para cumprir a obrigação no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00. Recurso interposto pela executada alegando que a execução se refere a descumprimento de decisão liminar. Conforme bem salientou a e. Magistrada singular, o alegado descumprimento da obrigação tem relação com a qualidade do serviço médico de *home care*, e não com a ausência de fornecimento desta prestação. Diante da controvérsia a respeito da prestação do serviço e de sua qualidade, a execução da multa mostra-se açodada, razão pela qual, agiu como acerto a MMa. Juíza *a quo*. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão interlocutória copiada às fls. 19 (fls. 83, da origem) que, em ação de obrigação de fazer em fase de execução provisória, determinou a intimação da ré para cumprir a obrigação no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Recorre a exequente alegando ter peticionado nos autos para requerer a intimação da executada (ré), nos termos do artigo 475-O, do Código de Processo Civil, para que fosse intimada a depositar a quantia referente à multa indicada na decisão liminar e que foi confirmada por esta Colenda Corte ao aprecia recurso de apelação, salientando ainda que, o Recurso Especial interposto não tem efeito suspensivo, motivo pelo qual, cabível a execução provisória.

A recorrente sustenta que a r. decisão hostilizada inovou com relação às *astreintes*, criando multas em duas situações diferentes: a primeira, fixada em liminar e confirmada em sentença, e, a segunda, partir de eventual descumprimento da obrigação imposta.

A agravante pleiteia a reforma do r. *decisum*, com a anulação da nova multa, bem como requerendo que a executada seja compelida a efetuar o depósito judicial da quantia de R$ 90.000,00 referente ao descumprimento da liminar proferida em sede de antecipação de tutela.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

O recurso foi processado somente no efeito devolutivo (fls. 75/77).

A agravada apresentou contraminuta (fls. 83/98).

O MM. Juízo *a quo* prestou informações (fls. 102/103).

É o relatório.

Verifica-se dos autos que, Maria Ferri Soares Veiga propôs ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em face de Amil Assistência Médica Internacional (fls. 35/42), sendo proferida decisão que deferiu antecipação da tutela para determinar à ré a disponibilização, à autora, dos serviços de *home care* pelo período e tempo recomendados por seu médico, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (fls. 83).

A ação foi julgada procedente, tornando definitiva a liminar concedida, de acordo com a sentença copiada às fls. 45/50, mantida por esta Colenda Câmara ao apreciar o recurso de apelação nº 0212808-98.2010.8.26.0100 (fls. 52/57), cuja ementa registrou: "*PLANO DE SAÚDE -* Home care *que representa forma especial de internação, com diversas vantagens, tanto para o paciente, quanto para a seguradora, haja vista o menor custo de manutenção desse especial regime - Abusiva exclusão de cobertura - Indicação médica que não se ajusta à assistência de mero cuidador - Cláusula restritiva que se mostra nula de pleno direito - Súm. 90 desta Corte - Recurso desprovido.*"

Posteriormente, a Amil interpôs Recurso Especial cujo seguimento foi negado (fls. 70/73), e a autora, alegando descumprimento da obrigação assegurado por liminar, deu início à fase de cumprimento provisório de sentença, nos termos do artigo 475-O, do Código de Processo Civil (fls. 33/34).

Sobreveio a r. decisão agravada, onde a i. Julgadora monocrática asseverou: "*Diante da informação da parte autora do descumprimento por parte da executada, intime-se para cumprir com a obrigação no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) até o efetivo cumprimento, de modo a proporcionar o devido atendimento no sistema* 'home care'*, bem como a conceder atendimento médico especializado e demais procedimentos e medicamentos necessários para o tratamento das doenças apresentadas pela parte autora, sob prescrição médica, observadas as alegações da exequente na inicial de suposto atendimento inadequado.*"

Em contraminuta (fls. 83/98), a agravada aduziu ter fornecido o atendimento *home care* durante 24 horas do dia, além de complementação terapêutica com fisioterapia e fonoterapia, em cumprimento à decisão liminar. Salientou que os familiares da agravante estavam interferindo na escala de auxiliares e muitas vezes estavam impedindo o desenvolvimento das atividades pelos profissionais disponibilizados, enfatizando que mais de 60 (sessenta) profissionais já haviam passado pela residência da agravante, e que, diante do tratamento recebido dos familiares da paciente, pediram o desligamento.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

A empresa agravada também argumentou que, não mediu esforços para prover à paciente atendimento digno e eficaz, salientando que seu quadro físico se manteve estável e sob controle, e, afirmou que não há, nem houve o alegado descumprimento alegado pela agravante, motivo pelo qual pugnou pela manutenção do r. *decisum* impugnado e rejeição do recurso interposto.

Nas informações prestadas, a i. Julgadora monocrática registrou:

"... À vista dos autos principais, verifica-se que a tutela antecipada foi concedida em 09.12.2010 e a ora agravada tomou ciência da referida decisão em 10.12.2010 (fls. 27/28 e 31). Em seguida, a ora agravada ofertou contestação e, posteriormente, a ora agravante ofereceu réplica. Em julgamento antecipado foi proferida a r. sentença.

Portanto, não há nos autos principais qualquer informação sobre o descumprimento da tutela antecipada, mediante petição da ora agravante, bem como não há decisão referente à imposição da multa aplicada na r. decisão antecipatória, em caso de descumprimento. Por conseguinte, é certo que não houve descumprimento da antecipação da tutela em momento anterior a r. sentença, bem como posteriormente, ou seja, enquanto em tramitação o recurso de apelação, caso contrário, a ora agravada já teria tomado a providência processual pertinente, dado seu estado de saúde e a idade avançada (fls. 27).

Somente na inicial da Execução Provisória, protocolada em 04.02.2014, a agravante noticiou o descumprimento desde 07 de novembro de 2013, ou seja, por cerca de 90 (noventa) dias, apesar do seu estado de saúde debilitado. E diante da falta de cópia integral dos autos principais junto a inicial, inclusive, de eventual decisão para cumprimento da obrigação pela ora agravada, entendeu esta Magistrada por intimar a agravada para o cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de multa de R$ 1.000,00, nos moldes que fixada na r. decisão antecipatória, com fulcro no artigo 461, caput *e § 4° c/c artigo 632, ambos do Código de Processo Civil.*

Cabe consignar que após a intimação para o cumprimento da obrigação, a agravada noticiou o cumprimento da obrigação, sob alegação de que não houve a interrupção da prestação dos serviços médicos mediante home care *para a agravante desde a tutela antecipada (fls. 102/104 e 118/121).*

Assim sendo, ao que tudo indica, a agravante alega o descumprimento da obrigação com fundamento na qualidade do serviço médico de home care *prestado pela agravada, que, s.m.j., deverá ser objeto de prova..."*

Pois bem.

Conforme bem salientou a e. Magistrada singular, o alegado

Acesso ao Sumário

descumprimento da obrigação tem relação com a qualidade do serviço médico de *home care*, e não com a ausência de fornecimento desta prestação.

De um lado, o agravante requer a execução de multa imposta em decisão liminar para o caso de descumprimento. Por outro lado, a agravada atribui aos familiares da agravante, dificuldades para execução do serviço.

Dessa forma, diante da controvérsia a respeito da prestação do serviço e de sua qualidade, a execução da multa mostra-se açodada, razão pela qual, agiu com acerto a MMa. Juíza *a quo*.

Em suma, os argumentos trazidos pelo agravante não foram suficientes para demonstrar o desacerto da r. decisão hostilizada, que, portanto, merece sobreviver por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025638-16.2014.8.26.0000, da Comarca de Nhandeara, em que é agravante BANCO MERCEDES-BENZ DO BRASIL S/A, é agravado ADALTO DE SOUZA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.556)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Contrato bancário. Revisional. Perícia contábil. Determinação pelo Juízo de juntada pelo banco de conta gráfica quanto às parcelas do financiamento, a pedido do perito. Hipótese, contudo, que não se confunde com a exibição de documentos em poder da parte, necessários à realização do laudo. Mero pedido de informações, quanto a dados aos quais o perito já tem acesso, não havendo necessidade de formulação de demonstrativo de débito pelo banco quanto essa apuração, que se confunde com o objeto

Acesso ao Sumário

da perícia. Decisão reformada. Agravo de instrumento do réu provido.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão reproduzida na fl. 31 deste instrumento (fl. 182 dos autos principais), que, no âmbito de demanda revisional de contrato bancário, tendo por objeto o financiamento de veículo, acolheu, no âmbito de prova pericial, solicitação do perito para intimação do banco à apresentação de conta gráfica contendo todos os valores pagos e verbas cobradas, bem como percentuais de juros aplicados às prestações.

Insurge-se o réu, aduzindo existirem nos autos documentos suficientes à realização da perícia contábil, pelo que descabida a solicitação do vistor. Ataca ainda a cominação de *astreintes* na r. decisão agravada, que sustenta afrontosa à Súmula nº 372 do STJ. Bate-se em conclusão pela reforma da r. decisão.

Deferiu-se o processamento sob a forma de agravo de instrumento, denegando-se todavia o efeito suspensivo requerido e dispensando-se outrossim a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*.

O recurso, que é tempestivo, veio instruído com as peças obrigatórias e acompanhado dos comprovantes de recolhimento das custas de preparo, deixando o agravado de se manifestar em contrarrazões.

É o relatório.

Prospera o inconformismo.

Com efeito, melhor examinada a questão, e conquanto não fosse a rigor hipótese de deferimento de efeito suspensivo, é o caso de reconhecer a pertinência da argumentação do agravante, isso em função da natureza dos dados pretendidos pelo perito, concretamente considerados.

Não se ignora possa o perito judicial, no desempenho de sua função, requisitar documentos em poder da parte ou de terceiro, conforme reza o art. 429 do CPC. Note-se ainda que, em se tratando de documentação comum às partes, o réu está obrigado a exibi-la em juízo.

Na espécie dos autos, contudo, não se trata exatamente disso. O vistor nomeado, na verdade, não solicitou a exibição de documentos, mas sim a elaboração pelo banco de uma *conta gráfica*, contendo a discriminação dos pagamentos efetuados, encargos lançados a débito do tomador do empréstimo e ainda os percentuais dos encargos aplicados.

Ocorre que esses dados, a rigor, já se acham documentados nos autos, ou quando não podem ser obtidos pelo perito a partir do exame dos extratos em poder da parte. E, a par disso, não se traduzem propriamente em documento

passível de apresentação pelo banco, mas na apresentação de informações que, a rigor, constituem o próprio objeto da perícia designada, cumprindo ao perito, portanto, investigá-los.

A multa genericamente mencionada, sem a fixação de qualquer valor em concreto, seria a rigor igualmente descabida, mas fica de toda forma o tema prejudicado pelo acolhimento do agravo no tocante ao próprio dever imposto ao banco.

Fica por tudo reformada a r. decisão agravada.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2050285-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONJUNTO HABITACIONAL GUARAPIRANGA PARK, são agravados CONEGUNDES GONÇALVES REGO, CELSO PEREIRA MARTINS JÚNIOR e MARIA DAS DORES ALVES BARROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.842)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. Encargos condominiais. Fase de cumprimento de sentença. Penhora da unidade condominial geradora dos débitos. Possibilidade. Imóvel alienado fiduciariamente. Irrelevância ante a natureza *propter rem* da obrigação. Interesse da coletividade condominial em receber os recursos para pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis. Prevalência. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CONJUNTO**

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

HABITACIONAL GUARAPIRANGA PARK contra a r. decisão proferida nos autos da ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, movida contra **CONEGUNDES GONÇALVES REGO, CELSO PEREIRA MARTINS JÚNIOR** e **MARIA DAS DORES ALVES BARROS**, que indeferiu o pedido de penhora do imóvel.

Sustentou, em síntese, que a dívida oriunda das despesas condominiais possui natureza *propter rem*, razão pela qual os proprietários e possuidores do imóvel, a qualquer título, ficam obrigados; que o disposto no art. 12 da Lei nº 4.591/64 e no art. 72 da Lei nº 11.977/09 não pode ser olvidado, e que a penhora da unidade condominial geradora dos débitos é medida de rigor.

Às fls. 44/45 foi deferido o efeito suspensivo, determinando-se a intimação dos agravados.

Não foi apresentada contraminuta, assim como não houve manifestação quanto ao julgamento virtual.

É o relatório.

Insurge-se o agravante contra a decisão que indeferiu a penhora da unidade geradora dos débitos condominiais.

No caso em testilha as despesas condominiais constituem-se em obrigação de natureza *propter rem* e, assim, a penhora relativa à execução da sentença deve recair sobre o imóvel que gerou as despesas, independentemente de estar ele registrado ou não em nome do réu na ação de cobrança, isto porque referidos encargos constituem espécie peculiar de ônus real, gravando a própria unidade do imóvel.

Pertinente mencionar que o Superior Tribunal de Justiça[1] já decidiu que, irrelevante o título aquisitivo, dada a natureza *propter rem* da obrigação condominial, que vincula a unidade que a ensejou, permitindo sua penhora.

Recentes julgados deste E. Tribunal também segue este entendimento: "*Agravo de Instrumento. Cobrança de despesas condominiais em fase de execução. Obrigação de natureza* propter rem *que não se preocupa com o nome do titular do domínio. Admissibilidade de penhora do imóvel que originou a dívida, ainda que alienado fiduciariamente. Preferência do crédito condominial sobre o crédito decorrente de alienação fiduciária. Recurso provido.*"[2].

No mesmo sentido: "*Ementa: 1. Despesas de condomínio - Cobrança*

Acesso ao Sumário

1 *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL ADQUIRIDO JUNTO AO IPESP. DESPESAS CONDOMINIAIS. PENHORA. POSSIBILIDADE. 1. As despesas condominiais são consideradas dívidas* propter rem*, de modo que podem ensejar a penhora da unidade autônoma devedora, não prevalecendo contra o condomínio cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade em contratos celebrados com terceiros. 2. Agravo regimental a que se nega provimento"*. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 650570. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 07/08/2012.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (28ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 0538265-68.2010.8.26.0000. Rel. Des. Mello Pinto. Julgado em 05/04/2011.

- Caráter propter rem *da obrigação - Penhora - Imóvel gerador das despesas alienado fiduciariamente - Irrelevância - Possibilidade de constrição. 2. Fraude à execução - Matéria não suscitada em primeira instância - Impossibilidade de análise pelo tribunal - Agravo provido em parte*”[3].

Ressalte-se, que o interesse prevalente na cobrança de encargos de condomínio é o da coletividade que o constitui, que deve receber os recursos para o pagamento das despesas indispensáveis e inadiáveis e, portanto, evidente que a unidade que o integra pode ser objeto de penhora para satisfação do crédito do condomínio, pois o débito está jungido à unidade autônoma.

Saliente-se, também, que sem o pagamento dos encargos do condomínio a própria coisa pode perecer.

Ante ao exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso na forma acima alvitrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051168-56.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROYAL LIBERTY CHURRASCARIA LTDA. EPP, é agravado PORTO SEGURO SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.359)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 6 de maio de 2014.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE COLETIVO - TUTELA DE URGÊNCIA - Indeferimento - Ação que busca obstar reajuste imposto à carteira de segurados no percentual de 90,92%, em razão de cálculo atuarial de sinistralidade - Aumento significativo que poderá comprometer o adimplemento da contraprestação

3 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (26ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 0507627-52.2010.8.26.0000. Rel. Des. Vianna Cotrim. Julgado em 15/12/2010.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

e acarretar a suspensão do contrato e dos serviços médicos prestados, colocando em risco a vida dos segurados - Possibilidade de prejuízo - Exame da legalidade da cobrança relegada para o mérito - Subsistência do valor cobrado que depende da aferição de cálculos dotados de transparências, a justificar aumento excessivo - Pressupostos autorizadores à concessão da tutela de urgência, a impedir excessivo desequilíbrio enquanto se discute o mérito da legalidade do aumento frente a elevação da sinistralidade - Incidência, por ora, apenas do percentual apurado pela ANS para recomposição financeira relativa ao período - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Royal Liberty Churrascaria contra a r. decisão reproduzida às fls. 208, que indeferiu pedido de antecipação de tutela com vistas a afastar o reajuste por sinistralidade cobrado no percentual de 90,92%, permitindo-se a incidência apenas daquele autorizado pela ANS.

Após noticiar a celebração de contrato de seguro saúde em favor de seus funcionários há mais de vinte anos, salienta a agravante que recebeu comunicação sobre aumento do valor do prêmio amparado no cálculo de aumento da sinistralidade, no percentual de 90,92%.

Considera o reajuste excessivo e aviltante, de forma a inviabilizar a continuidade do contrato por ferir a saúde financeira da empresa, e desamparar as 184 vidas beneficiárias.

Assevera que a ação principal busca a declaração de nulidade da cláusula tida por abusiva, ao permitir aumento de sinistralidade excessivo lastreado em alegação unilateral da parte e desprovido de elementos de solidez, faltando transparência nos cálculos, e fórmula que permita fácil aferição pelo consumidor.

Assim, em razão da excessividade do percentual exigido, o risco de permanecerem desamparados os beneficiários, e à luz do entendimento sufragado por este E. Tribunal de Justiça, contrariado pela r. decisão agravada, postula-se a concessão da tutela de urgência (fls. 01/22).

Concedido em parte o efeito ativo para determinar a incidência apenas do reajuste aprovado pela ANS, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (fls. 209/210), comprovou-se o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC (fls. 217/218).

Oportunizada a defesa, em contraminuta a ré postulou o desprovimento

Acesso ao Sumário

do recurso, invocando o caráter coletivo do plano contratado, para justificar que os reajustes incidentes na hipótese seguem os parâmetros previstos no contrato e não aqueles destinados às apólices individuais, dependendo apenas de comunicação à ANS, nos termos da Resolução Normativa 171/2008.

Defende que, prevista a possibilidade de aumento do prêmio em caso de desproporção do sinistro, e verificada a ocorrência de desequilíbrio na média de doze meses, não se há falar em ilegalidade do reajuste aplicado, e tão pouco em concessão da tutela antecipada, porquanto desprovidas as alegações de verossimilhança (fls. 222/241).

Oportunizada às partes manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia instalada na aferição dos pressupostos autorizadores à antecipação da tutela antecipada (art. 273 do CPC), com vistas a impedir aumento de mensalidade em contrato de prestação de serviços de saúde coletivo, tido por abusivo.

O Juízo indeferiu a tutela de urgência por não vislumbrar o requisito da verossimilhança em relação à alegada ilegalidade. Fundamentou a decisão no fato de que a pretensão almeja a aplicação de reajuste previsto aos contratos individuais regulamentados pela ANS, incabível na espécie do contrato empresarial, uma vez que este é regido pelas regras próprias nos moldes contratados e, sobretudo, porque amparado na sinistralidade, cujo aumento teria sido admitido pela própria autora (fls. 208).

Inicialmente, cumpre consignar que a legalidade do ***percentual*** de reajuste escorado na existência de cláusula que permite a modalidade de atualização sobre o fator sinistralidade, é matéria meritória e não comporta considerações finais em sede de agravo de instrumento, reclamando estudo técnico atuarial.

Todavia, presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência.

Ainda que não se olvide da possibilidade de reajuste fundamentada na análise de desempenho da apólice, e mesmo considerando a diferença no tratamento dispensado pela lei entre os contratos individuais e os coletivos de saúde, é fato que o aumento no percentual de *90,92%* imposto, implicará em oneração excessiva do prêmio e colocará em risco a subsistência do contrato. Consequência inarredável é o risco demasiado de inviabilizar a continuidade do adimplemento e, inevitavelmente, o acesso aos serviços de saúde contratados.

Malgrado não se possa declarar ilegal ou abusiva a elevação da mensalidade nesta fase cognitiva primária, indene de dúvidas que a imposição de reajuste em percentual tão elevado de uma só vez, acarreta inegável desequilíbrio contratual em detrimento dos segurados, parte mais fraca na relação, exsurgindo daí a

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

verossimilhança alegada.

Para aferir a correção dos números de sinistralidade apresentados, necessário se faz desencadear o contraditório, aplicando-se cálculos revestidos de transparências para justificar a necessidade real do percentual de reajuste aplicado. Por ora, se tem apenas dados trazidos unilateralmente pela operadora e contrariados pela parte adversa.

Consigne-se que a urgência da medida se faz presente para impedir que os funcionários da empresa agravante, os quais arcam com parte do pagamento, tenham interrompidos eventuais tratamentos médicos, ou sejam relegados a uma nova contratação de emergência.

Antes de comprovada de forma inequívoca o aumento da sinistralidade a justificar enorme alteração da contraprestação, de rigor afastar sua incidência até que melhores e sólidos elementos venham justificar a nova cobrança.

Destarte, vislumbrados os pressupostos legais, comporta reforma a decisão para *obstar, por ora, o reajuste imposto aparentemente excessivo, e conceder em parte a antecipação dos efeitos da tutela para limitar o índice de reajuste àquele adotado pela ANS para o período.*

Isto posto, pelo meu voto se **dá provimento ao recurso, nos termos da fundamentação (vide parágrafo acima).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007680-17.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M.B.P. e é agravada M.H.P. (menor representado).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29454)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente) e PAULO EDUARDO RAZUK.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO - Alimentos - Não verificada inadimplência voluntária do devedor a caracterizar mora e ensejar a incidência de juros - Pagamentos que observaram o valor fixado provisoriamente - Diferenças que passaram a ser devidas somente após

a sentença que majorou o valor da pensão, devendo ser esta considerada o termo inicial para incidência de juros moratórios - Necessidade de elaboração de novos cálculos - Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo tirado de autos de "execução de alimentos" ajuizada por M.B.P. contra M.H.P. (menor representada por sua genitora), não se conformando o primeiro com a decisão reproduzida a fls. 19 em que a Juíza de Direito reconheceu a incidência de juros sobre o saldo remanescente do débito alimentar. Segundo o agravante, não caberia a incidência de juros compensatórios, por não estarem previstos em sentença, tampouco incidiriam juros moratórios, vez que teria adimplido integralmente as prestações alimentares vigentes à época do pagamento. Foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso (fls. 37). A agravada manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 46/49). A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento (fls. 51/53).

É o relatório.

Em verdade, é de reconhecer-se que a matéria trazida a exame foi percucientemente analisada no Parecer de fls. 51/53, redigido pelo Procurador de Justiça, Dr. José Luís Alicke, ora parcialmente transcrito e adotado como razão de decidir:

> "É inegável que os alimentos definitivos retroagem à data da citação. Todavia, a retroatividade não alcança os juros moratórios, que, grosso modo, são devidos em razão da voluntária e injustificada inexecução total ou cumprimento parcial de certa obrigação.
>
> Assim, se ao longo do processo os pagamentos sempre observaram o valor fixado provisoriamente, não há inadimplência voluntária do devedor a caracterizar mora e ensejar a incidência de juros.
>
> No caso trazido à baila, o valor dos alimentos foi alterado por três oportunidades: em decisão liminar (R$ 1.950,00), em audiência de tentativa de conciliação (R$ 2.300,00) e na sentença (R$ 4.000,00 - que se tornou definitivo).
>
> Observando a memória de cálculos juntada aos autos, fls. 23/26, verifica-se que há incidência de juros moratórios em todos os pagamentos realizados pelo agravante, mesmo aqueles que foram quitados em concordância com a decisão judicial da época.
>
> Destarte, imperioso a elaboração de novos cálculos para excluir os juros moratórios dos pagamentos realizados em conformidade às decisões judiciais, ainda que provisórias." (fls. 52/53).

Desta sorte, não se há de falar em mora relativamente às prestações

Acesso ao Sumário

decorrentes das decisões anteriores à sentença, porquanto pagas em observância aos valores então vigentes. As diferenças passaram a ser devidas somente após a sentença que majorou o valor da pensão, devendo ser esta considerada o termo inicial para incidência de juros moratórios. Daí porque se faz necessária a elaboração de novos cálculos para apuração do exato montante devido, nos termos ora estabelecidos.

Nestas circunstâncias, dá-se provimento ao agravo.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2036175-71.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTONIA DE SOUZA SOBRAL, é agravado BANCO ITAUCARD S.A..

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 14 de abril de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso - Agravo de Instrumento - Negativa de provimento - Decisão monocrática - Antecipação de tutela - Banco de dados - Inscrição do nome.

A mera discussão acerca do débito não inviabiliza a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento mantendo o indeferimento do pedido de antecipação de tutela jurisdicional formulado com a finalidade de vedar a inscrição do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito.

Inconformada, a recorrente alega que tal "*entendimento destoa totalmente da melhor jurisprudência firmada neste Tribunal, bem como está trazendo os mais graves prejuízos de ordem financeira e social para a agravante, uma vez que tal decisão colide frontalmente com o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*". Por outro lado, apesar de não desconhecer que possui obrigação na relação contratual, *"não está obrigada a pagar integralmente dívida assumida junto ao agravado", "quando este último está praticando ilicitudes contratuais, entre as mais repudiadas inclusive por esta E. Corte, que é a capitalização de juros, também conhecida como anatocismo".*

É o relatório.

A insurgência não pode ser acolhida.

Com efeito, conforme registrado anteriormente, a recorrente não nega a existência do débito e nem demonstram que os encargos cobrados pela instituição financeira são abusivos.

Por outro lado, também se consignou que *"a orientação da E. 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 527.618/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 24/11/03) não admite que a simples discussão judicial da dívida possa obstaculizar ou remover a negativação nos bancos de dados, exceto quando efetivamente demonstrado o reflexo positivo da ação no valor devido, com amparo na jurisprudência dominante daquela Corte ou do C. Supremo Tribunal Federal e depositada ou caucionada a parte incontroversa, se apenas parcial o desacordo".*

Aliás, ao julgar o REsp nº 1.061.530/RS, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e publicada no Diário de Justiça de 10 de março de 2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se nos seguintes termos:

"a abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz".

"Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente

Acesso ao Sumário

a contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI nº 2.591-1.”

Neste contexto, editou-se a orientação 4, com o seguinte teor:

“a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção”.

A propósito, já estava assentado nesta Corte ser *“Descabida a tutela inibitória de comunicação a entidades de cadastros de devedores. Essa inibição, ou a exclusão de comunicação já efetuada, só se justificam se o credor efetuar comunicação errada. Mas se alguém está mesmo devendo, ele pode comunicar o fato, pois que nada há de injurídico nisso. A Lei 8.078/90, que cuidou exatamente de proteger o consumidor de bens e serviços, prevê expressamente a existência de cadastros e dados de consumidores, não para torná-los secretos e pouco confiáveis, mas para dispor que eles devem ser objetivos, claros e verdadeiros, proscrevendo apenas a existência de informações negativas referentes a período superior a cinco anos (art. 43, §1º). Mais ainda; a lei protege o consumidor, assegurando-lhe o direito de imediata correção de eventuais inexatidões (§ 3º). Confere ainda caráter público aos bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, assim como os serviços de proteção ao crédito e congêneres (§4º). Pois bem; a omissão de lançamentos, tal como pretendida, implicaria justamente que os bancos de dados e os cadastros não sejam objetivos e verdadeiros. Ao contrário. E, levando-se em conta o caráter público de que se revestem, a supressão, ainda que momentânea, de anotação atinente ao não pagamento de título de crédito exigível, ou o não pagamento de alguma prestação de contrato revestido de todas as formalidades, equivaleria à supressão da notícia da distribuição de alguma ação de cobrança, ou de alguma execução, no distribuidor forense, algo que não pode ser admitido. De resto, a providência não se enquadra na vedação do art. 42 da Lei 8.078/90. Não há constrangimento no exercício regular de um direito. A lei não veda tal fornecimento de informações. Antes, como visto, tratou de discipliná-lo. Aliás, o prejuízo seria daqueles que se servem dos serviços dessas entidades de proteção ao crédito, que estariam obtendo informações inverídicas. A pretendida exclusão poderia prejudicar esses terceiros, que contratariam a concessão de crédito ao agravante, fiando-se na inexistência de débito de sua responsabilidade, quando*

Acesso ao Sumário

a realidade presumivelmente é outra. A atividade de entidade que cadastra informações não só é lícita, como também essencial ao ramo da concessão de crédito, já que é óbvio que é muito menos arriscada tal concessão para quem não é nem nunca foi devedor moroso ou inadimplente, do que para alguém que é devedor e que inclusive pode estar já com seu patrimônio comprometido pela existência de dívidas anteriores não saldadas. Quem recusa crédito para alguém nessa última situação não comete nenhum ilícito, nem expõe o pretendente a situação injurídica. Ao contrário. Releva notar que a Lei 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data, permite ainda que o interessado apresente explicação ou contestação a respeito do conteúdo da anotação, justificativa de possível pendência sobre o respectivo fato, a qual deverá ser devidamente anotada no cadastro, com o que poderá ressalvar seus interesses até mesmo sem necessidade de providência judicial. Vê-se, pois, que o ordenamento permite a correção de inexatidões e também permite a averbação da possível justificação da existência da anotação, ainda que esta não contenha dados inexatos. A exclusão, assim, só é admissível em circunstâncias peculiares, algo de que não há prova.”(Ag. Instr. nº 7.088.568-0, j. 29/8/06, rel. Campos Mello).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014490-67.2013.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VRG LINHAS AÉREAS S.A., é apelado FERNANDO VIEIRA SIMONETTI.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.322)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 28 de abril de 2014.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZATÓRIA - Transporte aéreo - Voo internacional - Greve dos funcionários da ré (apelante) no território estrangeiro - Cumpria à transportadora realocar os passageiros em voos de outras companhias que não estavam em greve - Empresa aérea embarcou os passageiros mesmo diante da greve - Aterrissagem não foi autorizada no destino programado - Retorno ao local de origem - Disponibilização de outro voo em aproximadamente 24h após o horário inicialmente agendado - Perda de 1/3 da viagem do autor (apelado) - Ação julgada procedente - Dano moral caracterizado - Redução da verba indenizatória - Impossibilidade - Valor fixado em sentença abaixo dos parâmetros adotados pela 19ª Câmara de Direito Privado - Valor mantido - Apelação não provida.

Dispositivo: negam provimento ao recurso.

VOTO

Recurso de apelação interposto por VRG Linhas Aéreas S.A. dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, MM. Juiz de Direito da E. 2ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, Comarca de São Paulo, que julgou procedente a ação indenizatória formulada pelo Sr. Fernando Vieira Simonetti para condenar a ora apelante ao pagamento da quantia de R$ 3.400,00 a título de dano moral (fls. 108-110).

Bem processado o feito, conforme relatório da r. sentença, ora adotado.

Sustentam as razões recursais (fls. 113-156) que: (i) o simples descumprimento do dever legal ou contratual caracteriza mero aborrecimento e, por isso, não configura dano moral, já que não atinge a dignidade da pessoa humana; e (ii) a apelante não praticou conduta irregular, vez que o "cancelamento no voo se deu em razão da greve dos aeroportuários da cidade de Buenos Aires/ARG" (fl. 118).

Pediu a reforma integral da r. sentença ou, alternativamente, a redução do valor arbitrado a título de indenização, para que sejam observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como que os juros de mora incidam a partir da fixação do quantum indenizatório, ou seja, juros incidentes desde a data de arbitramento da indenização (fls. 113-121).

Preparo e porte de remessa e retorno em fls. 122 e 178-180.

Contrarrazões em fls. 164-172.

É o relatório.

Tempestividade anotada.

Acesso ao Sumário

A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 6 de agosto de 2013 (fl. 111) e o recurso de apelação interposto aos 19 dias do referido mês (fl. 113).

Dentro, portanto, do quindênio legal.

I. DA MATÉRIA DE FUNDO

Relata a inicial que o autor - ora apelado - programou viagem de três dias com destino à 'Buenos Aires' a ser realizada com sua esposa. Para tanto, efetivou a reserva de hotel, carro e restaurantes, além da compra de passagem aérea com a empresa ré, ora apelante.

Contudo, o autor não conseguiu efetivar a viagem programada, pois, quando imaginava estar prestes a pousar em solo argentino, o comandante do avião anunciou aos tripulantes e aeromoças a impossibilidade de pouso e necessidade de retorno ao Brasil, sem expor as razões para tanto.

Após regressar ao país de origem, o autor soube que a razão do retorno da aeronave se dava por conta de greve praticada exclusivamente por funcionários da ré.

Diante deste quadro, o autor se sentiu lesado, pois a ré teria conhecimento do problema e ainda assim levou os passageiros "até o espaço aéreo argentino, fez meia volta com o avião e retornou ao Brasil" (...) não tendo ofertado "outras opções de voo, nem encaixe em outra companhia aérea, sendo que todas as outras companhias operavam normalmente" (fl. 5).

Postulou indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

Regularmente citada, a companhia aérea apresentou contestação a fls. 35-44.

O MM. Juízo a quo proferiu sentença com o seguinte dispositivo:

"Ante o exposto, julgo procedente a ação e condeno a ré, VRG Linhas Aéreas S.A., a pagar para o autor indenização por dano moral no valor de R$ 3.400,00, atualizado pela tabela de débitos judiciais desta data em diante, acrescendo-se juros de mora de 1% a.m., contados da citação, arcando ainda com custas, despesas processuais, e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação". (fl. 110).

II. DO RECURSO

O apelo não prospera.

Vislumbra-se que o caso em tela se baseia em contrato de transporte de pessoas (previsto nos art. 734 e ss do Código Civil), o qual se reveste com a característica de responsabilidade objetiva do transportador em razão dos riscos da atividade.

Mediante tal avença, o transportador obriga-se "a conduzir pessoas e suas respectivas bagagens de um a outro ponto geográfico (...) no tempo e modo

Acesso ao Sumário

contratados, respondendo por perdas e danos, inclusive de natureza moral, salvo motivo de força maior (CC, art. 737)”[1].

A força maior decorre de fato da natureza, e por esta razão a greve praticada pelos funcionários da apelante não se enquadra em hipótese de excludente de responsabilidade, e sim em situação contemplada pelo risco da atividade empresária exercida pela apelante.

Ademais, a paralisação de prepostos da ré foi demonstrada por notícias eletrônicas impressas (fls. 28-29 e 40), a par de outras encontradas na rede mundial de computadores mediante busca da expressão “greve funcionários Buenos Aires abril 2013” (Endereço Eletrônico constante do texto original).

Ademais, ainda que a transportadora desconhecesse a paralisação dos funcionários, por força do art. 741 do Código Civil, incumbia-lhe oferecer ao passageiro acomodação em outro avião, para que pudesse chegar ao local de destino.

Não se desincumbindo a autora do ônus de provar a ocorrência de força maior, sua responsabilidade resta latente.

O dano restou evidentemente configurado pelo cancelamento forçoso da viagem.

Ora, não há dúvidas de que as expectativas do apelado e de sua esposa foram frustradas, sobretudo porque a apelante, mesmo ciente da greve dos seus funcionários no território argentino, permitiu a decolagem sem esclarecer os fatos aos passageiros e sem disponibilizar realocação em outro voo de horário próximo.

Cabe destacar que a única opção oferecida pela apelante foi o embarque em um voo que sairia em aproximadamente 24h após o horário agendado inicialmente pelo apelado.

A fl. 21 está acostado bilhete demonstrando que o embarque foi às 10h20, prevendo chegada em Buenos Aires às 14h20, ao passo que o segundo voo oferecido pela apelante possuía horário de embarque agendado para as 9h do dia seguinte (fl. 41, item 14).

A consequência seria a perda de 1/3 da viajem, restando apenas dois dias para o suplicado e sua esposa na cidade de Buenos Aires.

Nessa toada, não há que se falar em “mero aborrecimento”.

A frustração das expectativas com a viagem é fator que claramente afronta a dignidade humana, e configura, sim, dano moral, pois causa dor na alma em razão do sentimento de impotência diante da impossibilidade de executar o plano da viagem.

Como já consignado, cumpria à apelante realocar o apelado e a esposa em

Acesso ao Sumário

1 NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa, volume 2: títulos de créditos e contratos empresariais. -1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 431 e 433.

voo de outra companhia aérea com regular funcionamento, e não embarcá-los em avião impossibilitado de aterrissar no destino programado.

Esta situação de ida e volta agravou a frustação dos passageiros.

Diante deste quadro, não é possível cogitar a redução do quantum indenizatório, o qual se encontra aquém dos padrões adotados por esta 19ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, não majorado em cumprimento ao princípio da adstrição, vez que não houve apresentação de recurso pela parte autora.

Por fim, quanto à incidência dos juros de mora, de rigor destacar que são contados a partir da mora, ou seja, a partir da citação do réu, conforme art. 406 do Código Civil e entendimento fixado na Súmula nº 54 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso da companhia aérea.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0419809-14.2009.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, são apelados/apelantes JOÃO RODRIGUES DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA DAS GRAÇAS DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado GETER MERLINO.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27826)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente), CORREIA LIMA e LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 19 de maio de 2014.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROVA - Cerceamento de defesa - Oitiva de testemunhas, de depoimento pessoal dos autores e juntada de documentos - Desnecessidade - Matéria de direito - Preliminar rejeitada.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Ato ilícito perpetrado por funcionário de Banco - Indenização por danos materiais e morais - Cabimento - Funcionário do Banco-corréu se aproveitou da confiança dos autores

para com eles contratar aplicação de valores de CDB em investimento fraudulento - Responsabilidade solidária do Banco - "Culpa in elegendo" - Art. 932, III, do CC - Responsabilidade pelo risco da atividade à luz do CDC - Danos materiais devem contemplar, além dos danos emergentes, os lucros cessantes experimentados pelos autores - Inteligência do art. 402 do CC - Condenação do Banco ao pagamento dos valores correspondente aos rendimentos de CDB sobre as quantias retiradas das aplicações dos autores, a serem apurados na fase de liquidação - Sentença parcialmente reformada neste ponto - Dano moral – Ocorrência - Fixação do "quantum" indenizatório em R$ 5.000,00 - Admissibilidade - Valor adequado ante os objetivos compensatório e punitivo da indenização - Modificação dos critérios de atualização do valor da condenação - Cabimento - Responsabilidade dos corréus é contratual - Sentença parcialmente reformada neste ponto.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Majoração do percentual de 10% arbitrado na sentença - Desnecessidade - Arbitramento que remunera adequadamente o advogado do autor, de acordo com os critérios do art. 20, § 3º, do CPC - Sentença mantida neste ponto.

Recurso de apelação do Banco-corréu e recurso adesivo dos autores parcialmente providos.

VOTO

1. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, para o fim de condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 62.000,00 aos autores (a título de indenização por danos materiais), com atualização monetária pela Tabela Prática deste Tribunal, mais de juros moratórios legais desde a entrega do valor ao corréu Géter, bem como ao pagamento de R$ 5.000,00 (por danos morais), atualizados a partir da emissão do julgado e acrescidos de juros de mora legais a partir da data do ilícito. Foram ainda os réus condenados solidariamente ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Apela o Banco-corréu, sustentando, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, dado que especificou provas que não foram

produzidas em fase instrutória. Aduz ser parte ilegítima para responder pelos danos alegados na petição inicial, não havendo que se falar em solidariedade na espécie. Assevera ainda ser necessária a denunciação da lide ao pai do corréu Géter, Sr. Luigi Merlino, suposto beneficiário da fraude. No mérito, afirma não ter culpa pelo ocorrido e requer, no caso de manutenção do julgado, seja fixado como termo inicial de incidência dos juros moratórios a data da citação e não a do evento danoso.

Os autores interpuseram recurso adesivo para que seja incluída na condenação uma indenização pelos lucros cessantes experimentados com a retirada integral das aplicações em CDB, bem como para majoração da verba honorária ao patamar de 20% do valor da causa.

Recursos tempestivos, bem processados e contrariados.

2.1. O Banco-corréu, em seu apelo, suscitou duas preliminares, a de nulidade de sentença por cerceamento de defesa e de ilegitimidade passiva *ad causam*.

A segunda preliminar, a de ilegitimidade passiva *ad causam* se confunde com o mérito e será analisada mais adiante.

Quanto ao cerceamento de defesa, para que se tenha por caracterizado (em decorrência do indeferimento de pedido de produção de prova), faz-se necessário que, confrontada a prova requerida com os demais elementos de convicção carreados aos autos, essa não só apresente capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também o conhecimento desse fato se mostre indispensável à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Ora, se o próprio recorrente não individualiza em sua apelação que prova gostaria de ter produzido, não pode alegar cerceamento - a menção mais concreta que faz consiste no depoimento pessoal dos autores, sem justificar sua pertinência, sendo genéricas as demais provas requeridas (*"oitiva de testemunhas a serem arroladas oportunamente"* e *"juntada de novos documentos que se fizessem necessários"* - cf. fl. 239).

A linha de raciocínio desenvolvida no julgado dependia apenas de interpretação do juiz acerca das regras jurídicas aplicáveis a caso suficientemente instruído por documentos, sem estar conectada a qualquer ponto que justificasse a oitiva de testemunhas, daí a desnecessidade da audiência de instrução e julgamento.

Ademais, instado à especificação de provas, o Banco-corréu jamais arrolou testemunhas ou mencionou documentos que comprovariam fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito dos autores, limitando-se, também naquela oportunidade, a reputar "*imprescindível o depoimento pessoal dos autores nos presentes autos e produção das demais provas acima especificadas a fim de*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

esclarecer pontos divergentes nos autos" (cf. fl. 159), quando está claro que se cuida de matéria de direito.

Daí, portanto, a rejeição da preliminar de nulidade de sentença.

2.2. Os fatos narrados na petição inicial, a saber, que Géter Merlino, corréu funcionário do Banco Bradesco S/A, teria se valido daquela condição para convencer os autores a sacar numerário aplicado em Certificados de Depósitos Bancários (CDBs) e a investir em aplicação fraudulenta, são incontroversos.

O que ora se analisa é a tese de que o Banco-corréu não teria agido com culpa, um dos elementos da responsabilidade civil, e que por isso não poderia ser condenado a pagar as indenizações pleiteadas pelos autores.

Como se nota, mais uma vez, a matéria ventilada é exclusivamente de direito, não demandando dilação probatória. E neste ponto a sentença não comporta reparos, pois bem reconheceu a responsabilidade do Banco pelo ato de seu preposto.

A relação de confiança entre os autores e o corréu Géter estabeleceu-se nitidamente **por ser o autor da fraude funcionário do Banco**, caracterizando, assim, a *culpa in eligendo* do empregador e prestador de serviços.

O art. 932, III, do CC/2002 estabelece que: "*São também responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou* ***em razão dele***" (sem ênfase no original).

Destarte, está configurada a responsabilidade civil do Banco no caso em questão - objetiva e solidária -, consubstanciada na sua falha em escolher e vigiar seus empregados.

Também sob o prisma da legislação consumerista o Banco se torna responsável pelos danos causados aos autores, não se podendo olvidar o teor da Súmula 297 do STJ, "*o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

O setor bancário presta serviço ao correntista/poupador e a natureza dessa prestação se estabelece numa relação de consumo, daí resultando a responsabilidade objetiva do Banco pelo fato do produto e do serviço (cf. arts. 12 a 14 do CDC), bem como por vícios deles decorrentes (cf. arts. 18 a 20, 21, 23 e 24).

Acesso ao Sumário

O dever de indenizar também decorre do risco integral da atividade econômica. Quando vendem os seus produtos (mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos, financiamento para aquisição de bens etc), ou quando prestam serviços a seus clientes (cobranças, aluguel de cofres de segurança etc), os Bancos exercem típica atividade de risco. E serviço prestado com tais características acarreta a quem o mantém o dever jurídico de bem executar as tarefas, sobrando-lhe a correlata responsabilidade pela reparação, em caso de

prejuízo causado a clientes, quando menos em atenção ao princípio que se define pela atribuição de sacrifícios a quem recolhe os benefícios de uma determinada atividade ou empreendimento.

Tanto é grave o negócio explorado em tal setor, que o Banco, ao tratar com o cliente, responde, como se enfatizou, objetivamente pelo fato do produto e do serviço.

2.3. A denunciação da lide ao pai do corréu Géter, evidentemente, nada tem a acrescentar a um caso clássico de responsabilidade do empregador pelos atos de seu preposto, sendo certo que o primeiro tem direito de regresso sobre o segundo e, querendo, pode exercê-lo.

2.4. Configurada a responsabilidade solidária dos corréus, cabe agora analisar sua extensão.

Como é cediço, o dano material é um gênero que abrange duas espécies, sendo certo que apenas uma delas foi contemplada pela sentença.

O Código Civil engloba no seu bojo tanto os **danos emergentes** resultantes do ato ilícito, quanto os **lucros cessantes**, ao dispor no art. 402: "*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*".

Daí a conceituação da doutrina acerca do dano patrimonial, no sentido de ser "*toda diminuição do patrimônio do credor, quer consistente na perda sofrida ('damnum emergens'), quer num lucro de que haja sido privado ('lucrum cessans')*" (cf. Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 387).

Na espécie, infere-se que o juiz da causa acolheu o pedido de indenização do dano emergente (perda sofrida), que nada mais é do que o total sacado das aplicações dos autores, e rejeitou a indenização dos lucros cessantes (i. e., o rendimento que os autores deixaram de perceber com o encerramento das aplicações).

Em que pese a tese do Banco-corréu no sentido de que a condenação pelos lucros cessantes seria um *bis in idem* se considerada a condenação pelos danos emergentes, com clareza solar tais espécies de dano material não se confundem, como visto acima.

Sendo assim, também **devem integrar a condenação por danos materiais os lucros cessantes comprovadamente experimentados pelos autores no período posterior ao saque do numerário aplicado**, a serem apurados na fase de liquidação.

Outrossim, imperioso o reconhecimento da existência danos morais indenizáveis no caso concreto, na medida em que "*tem como conceito de dano moral o prejuízo extrapatrimonial, o que fere o ego, a alma, os sentimentos, a*

Acesso ao Sumário

dor, pelo que não valores econômicos, mas suscetíveis de reparação." O que se repara é "*o sofrimento, a emoção, o defeito físico ou moral, em geral uma dolorosa sensação sentida pela pessoa, atribuindo-se à palavra dor o mais amplo significado*". (cf. Augusto Zenun, *Dano Moral e sua reparação*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 90).

No caso, verifica-se que os autores foram vítimas de um crime que lesou praticamente todo o seu patrimônio e não receberão a devida reparação até o final da fase de liquidação de sentença. Tal demora, por si só, é suficiente para caracterizar o dano moral, tendo em vista que se tratava da única reserva monetária de que os autores dispunham para eventuais emergências e para seu lazer.

A doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Forense, 1989, p. 67). A vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CF, art. 5º, incisos V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva (cf. autor, ob. e p. cit.), sendo meramente arbitrável, por haver ausência de parâmetro objetivo na legislação.

Ainda que se abstraia a ideia de produzir no causador do mal um impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado, persiste a necessidade da reparação pecuniária, como medida apta a compensar a sensação de dor do ofendido com uma sensação agradável em contrário, a ponto de a paga em dinheiro representar-lhe uma satisfação, moral ou psicológica, capaz de neutralizar ou remediar o sofrimento impingido.

Esta Câmara tem procurado, dentro do possível, estabelecer critério objetivo de arbitramento de indenização, conforme seja de pequena, média ou grande intensidade o dano moral, com base na regra de experiência fundada no que habitualmente ocorre na psique do homem médio. E bem certo é que se devem considerar certos parâmetros para o fim de arbitramento da verba reparatória, como as condições financeiras e sociais das partes e a intensidade do dano, buscando-se, por meio da reparação, dar conforto psicológico à vítima e, ao mesmo tempo, sancionar o causador do fato danoso, a fim de que tome a devida cautela no exercício de sua atividade e evite a reincidência.

Sopesados esses fatores, observado o critério da razoabilidade e presente a necessidade de se atentar para que o arbitramento se opere sem abusos ou exageros, proporcionalmente ao grau de culpa dos réus (elevado), às condições das partes, o nível de ofensa à honra, tem-se por suficiente o valor da indenização atribuído na sentença (R$ 5.000,00).

2.5. Além da inclusão da indenização pelos lucros cessantes na condenação

Acesso ao Sumário

já constante da sentença, cumpre modifica-la uma vez mais, para adequá-la ao contexto da **responsabilidade contratual** que serve de lastro para a propositura da demanda e para o reconhecimento da responsabilidade solidária do Banco.

Da análise dos critérios de atualização dos valores das indenizações tal como fixados na sentença, depreende-se que foi considerada aquiliana a natureza da responsabilidade, não sendo disso que se cuida neste feito.

Posto isso, **a atualização das indenizações por danos materiais** - R$ 62.000,00 somados aos rendimentos de CDB a serem apurados em liquidação de sentença - passa a contemplar a **correção monetária** pela Tabela Prática deste Tribunal a partir da **data do efetivo prejuízo** (transferência dos valores ao corréu Géter), em consonância com a Súmula 43 do STJ, bem assim a incidência de **juros moratórios legais a contar da citação**, por se tratar da mora *ex persona* prevista no art. 405 do CC.

Por seu turno, a **atualização da indenização por danos morais** - R$ 5.000,00 - engloba a **correção monetária** também pela Tabela Prática deste Tribunal **a partir de seu arbitramento** (data de prolação da sentença, v. Súmula 362 do STJ) e a incidência de **juros moratórios legais contados da citação**, com fulcro no mesmo art. 405 do CC.

2.6. No tocante à fixação da verba honorária, a sentença não comporta modificação, porque o patamar de 10% sobre o valor da condenação (já ampliado) correspondente ao trabalho do causídico do autor e às características da demanda.

O percentual de 10% arbitrado situa-se entre os limites máximo e mínimo previstos no § 3º do art. 20 do CPC e remunera o profissional de acordo com o grau de zelo demonstrado, a natureza e qualidade da atividade apresentada e o tempo consumido para a realização das tarefas próprias do mister, cumprindo ainda ressaltar que o feito foi julgado antecipadamente e a matéria tratada era exclusivamente de direito.

2.7. Em suma: o recurso de apelação autônomo do Banco-réu deve ser parcialmente provido tão somente para adequação dos critérios de atualização da condenação à responsabilidade contratual verificada na espécie, ao passo que o recurso adesivo dos autores comporta parcial provimento para que os lucros cessantes - a serem apurados na fase de liquidação - sejam incluídos no montante a ser pago a título de indenização por danos materiais.

3. Deram parcial provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010706-81.2009.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado REIMEC ARTEFATOS DE SELARIA LTDA. ME.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18668)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), SEBASTIÃO FLÁVIO e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Duplicata - Endosso translativo - Portador da duplicata que, nos termos do art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474/68, deve protestá-la, para ficar resguardado o seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas - Caso em que, tratando-se de endosso translativo, para que esse procedimento seja reputado como exercício regular de direito, é necessário que o endossatário cerque-se das cautelas necessárias acerca da legitimidade da duplicata - Em caso contrário, responde o endossatário pelo risco do negócio - Banco réu que não tomou as cautelas necessárias, já que recebeu para desconto duplicatas "frias" - Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. "Reimec Artefatos de Selaria Ltda." propôs "ação anulatória de título de crédito", de rito ordinário, em face de "Banco Santander Brasil S.A.", "Vera Lucia Santana da Silva Peças ME" e "GER Indústria, Comércio, Peças e Máquinas Industriais Ltda." (fls. 2/10).

O MM. Juiz de origem deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pela autora (fls. 6/7), para que fossem sustados, de modo provisório, os efeitos do protesto dos títulos indicados na inicial, bem como para que ficasse constando dos órgãos de proteção de crédito que pendia de julgamento ação para desconstituí-los (fl. 29).

Apenas o banco réu ofereceu contestação (fls. 61/75), havendo a autora apresentado réplica (fls. 139/143).

As rés “Vera Lucia Santana da Silva Peças ME” e “GER Indústria, Comércio, Peças e Máquinas Industriais Ltda.”, apesar de citadas por oficial de Justiça (fl. 41), não ofereceram contestação (fl. 136).

Proferindo julgamento antecipado da lide (fl. 164), o ilustre magistrado de primeiro grau considerou a ação procedente (fl. 166), para esses fins:

> “(...) declarar a nulidade das duplicatas 002699-A, 000758, 002699b, 002781-A, 000750-B, 002696-B, 002781-B, 002699-C, 002713-A, especificadas às fls. 17/20 e 44/46, e determinar o cancelamento dos protestos e a exclusão do nome da autora dos protestos e a exclusão do nome da autora dos órgãos de proteção ao crédito, tornando definitiva a liminar concedida à fl. 29” (fls. 166/167).

A digna autoridade judiciária sentenciante condenou os réus no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados, por equidade, em 15% sobre o valor da causa (fl. 167), isto é, sobre R$ 43.518,00 (fl. 10).

Inconformado, o banco réu interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 170), aduzindo, em síntese, o seguinte: os títulos em questão não foram regularmente quitados pela autora; atuou como mero mandatário das emitentes dos títulos; encaminhou os títulos a protesto como simples mandatário das empresas corrés; a sua conduta limitou-se, tão somente, a efetuar a cobrança dos títulos; a solicitação de baixa dos títulos em cartório de protestos também é feita de acordo com a solicitação dos sacadores; até a data dos protestos, as sacadoras não haviam solicitado a retirada dos títulos do cartório de protestos; se culpa houve, coube às sacadoras dos títulos, ou mesmo à autora, que não efetuou o pagamento das duplicatas nas datas aprazadas; não teve qualquer participação nos fatos alegados pela autora; os requisitos para a concessão da tutela antecipada não estavam presentes; a autora é carecedora de ação por falta de interesse processual; a ação deve ser julgada extinta sem resolução de mérito; caso não seja esse o entendimento, a ação deve ser julgada inteiramente improcedente (fls. 171/184).

O recurso foi preparado (fls. 185/186), foi recebido no duplo efeito (fl. 188), havendo sido respondido pela autora (fls. 190/197).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo banco réu não comporta acolhimento.

Explicando:

2.1. Inviável reputar-se a autora como carecedora de ação por ausência de interesse processual (fl. 181).

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

Diversamente do sustentado pelo banco réu, a autora não estava obrigada a esgotar a via administrativa para que pudesse ingressar em juízo, sob pena de ofensa ao princípio do livre acesso à jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

2.2. No tocante ao cerne da demanda, igualmente, não assiste razão ao banco réu.

É certo que, nos termos do art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474, de 18.7.1968, o portador da duplicata deve protestá-la para ficar resguardado o seu direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas.

Todavia, tratando-se de endosso translativo (fls. 17/20, 45/46), em que se transfere a titularidade do crédito estampado no título, para que o referido procedimento seja reputado como exercício regular de direito, é necessário que o endossatário cerque-se das cautelas necessárias acerca da legitimidade da duplicata.

Em caso contrário, responde o endossatário pelo risco do negócio, ou seja, pelos eventuais prejuízos advindos do protesto indevido da duplicata.

Note-se que o endossatário não pode tencionar resguardar direito próprio em detrimento de terceiro alheio à relação negocial entabulada com o endossante.

Acerca de tal assunto, houve pronunciamentos do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> “Civil e processual. Ação de indenização. Protesto indevido. Endosso translativo. Duplicata. Dano moral.
>
> I. Procedendo o banco réu a protesto de duplicata, recebida mediante endosso translativo, torna-se ele responsável pelo ato ilícito causador da lesão, se verificado que a cártula não dispunha de causa à sua emissão, assumindo, pois, o recorrente o risco negocial.
>
> II. Recurso especial não conhecido” (REsp nº 629.433-RJ, registro nº 2004/0016837-8, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. em 13.12.2005, DJU de 20.3.2006, p. 282).
>
> “Duplicata sem causa. Endosso. Protesto. Responsabilidade do banco.
>
> Deve ser reconhecida a responsabilidade da instituição bancária que recebe para desconto duplicata sem causa e a leva a protesto contra a pessoa que nenhuma relação tem com a sacadora. Quem assim age, sem verificar suficientemente a legitimidade da operação, corre o risco da sua atividade e deve reparar o prejuízo que causa a terceiros. A alegação de que são milhares as operações realizadas diariamente não exime o banco, pois o dano à pessoa atingida continua existindo; a informação, no entanto, serve para mostrar a quantidade de ofensas que são assim praticadas diariamente, a maioria impune. Também não prevalece a

Acesso ao Sumário

escusa de que tinha o banco a necessidade de resguardar seus direitos, porquanto isso não pode se dar à conta e às custas de terceiro que não participa da relação; ele apenas deve ter ressalvados esses direitos contra o endossante.

Recurso conhecido, mas desprovido” (REsp nº 331.359-MG, registro nº 2001/0081694-9, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. em 2.4.2002, DJU de 10.6.2002, p. 215, *in* RT: 805/207).

Desse último julgado merece destaque trecho do voto proferido pelo eminente ministro relator:

“O entendimento que lança todo o dano sobre o terceiro - alheio ao negócio, que nada ganha com o exercício da atividade bancária - sob o fundamento de que o endossatário tem o direito de protestar o título, desconhece a realidade do prejuízo causado a essa pessoa e apenas se preocupa com a proteção do interesse do banco no exercício da sua lucrativa atividade, a qual foi exercida sem o elementar cuidado de certificar-se da legitimidade da operação. Se isso é difícil de ser efetivado, quem tem de correr o risco é o banqueiro, que lucra com o desconto, não o terceiro.

(...).

Vale lembrar a lição de Waldemar Ferreira:

‘Deverá a duplicata, em rigor, circular acompanhada da respectiva fatura, até ser aceita pelo comprador. Não cause estranheza o assento. Não se espante ninguém com ele. Não se espante porque o Código Penal, no art. 172, houve como crime de duplicata simulada expedir duplicata que não corresponda à venda efetiva de mercadoria, entregue real ou simbolicamente, com a fatura respectiva. Ora, duplicata simulada não é duplicata, e não é precisamente porque é simulado. Logo, não se aplicam à duplicata que não é duplicata de fatura de mercadoria efetivamente vendida e realmente entregue com a respectiva fatura, que é a única de que cuida a lei. (...). Moeda falsa é moeda simulada. Duplicata é duplicata falsa. Eis por que emissão desta se capitula entre os crimes de estelionato’ (Instituições de Direito Comercial, 3/2/448).

Portanto, não se aplica à duplicata sem causa o disposto no art. 13 da Lei das Duplicatas, que autoriza o banco a protestar o título exatamente porque essa previsão é para as duplicatas com causa, não para os títulos falsos, cuja emissão é crime descrito no Código Penal. <u>Quem negocia com títulos falsos, simulados, objeto material de crime, não pode causar dano a terceiro, que nenhuma relação teve com tal negócio, sob a alegação de que está a proteger os seus interesses, uma vez que os interesses protegidos na lei são apenas os legítimos, isto é, os que decorrem de título causal que corresponda à duplicata de uma efetiva operação de compra e venda</u>

Jurisprudência - Direito Privado

ou prestação de serviço. O dano do banco deve ser reparado por quem lhe causou o prejuízo, o emitente do título falso, mas sem causar novo dano ao terceiro alheio ao fato, porque em relação a este não há interesse legítimo do banco a resguardar" (grifo não original).

2.3. Não paira dúvida de que, no caso em tela, o banco réu não tomou as cautelas necessárias.

Ora, ele recebeu para desconto duplicatas "frias", ou seja, títulos emitidos sem causa, fato que se mostrou incontroverso diante da revelia das empresas rés sacadoras dos títulos (fl. 164).

2.4. Em suma, legítimo o decreto de procedência da ação (fl. 166), não havendo de prevalecer a alegação de ausência de interesse processual (fl. 181), bem como a alegação de exercício regular de direito (fls. 171/177), sustentadas pelo banco réu.

3. Nessas condições, nego provimento à apelação contraposta, a fim de manter a sentença impugnada (fls. 162/167), ressalvando, porém, o direito de regresso do banco réu, endossatário, contra as empresas rés emitentes, endossantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017223-90.2011.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante/apelado DEL REY TRANSPORTES LTDA., é apelado/apelante VANIA DIAS SANTOS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30608)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Acidente no interior de coletivo - Hipótese em que o motorista abriu a porta do ônibus em momento inesperado, provocando o esmagamento da mão da autora - Excesso de passageiros - Responsabilidade

Acesso ao Sumário

objetiva da ré - Inúmeros transtornos causados à autora - Valor da indenização fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais) que se mostra adequado ao fim a que se destina - Recursos improvidos.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Acidente de trânsito - Ônibus - Inadmissível a pretensão da autora de recebimento de reparação por descumprimento do contrato - Art. 733, § 1º, do Código Civil que se aplica apenas em caso de transporte cumulativo, quando existem trechos de percurso de responsabilidade de transportadores distintos, o que não é o caso dos autos - Recursos improvidos.

VOTO

1) Insurge-se a apelante contra sentença que julgou procedente em parte ação de indenização que lhe moveu a apelada, alegando em síntese que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima; a apelada não comprovou suas alegações, não podendo ser responsabilizada; seu preposto não agiu com culpa, pois cumpriu todas as normas existentes, inclusive quanto ao fechamento da porta após o embarque de passageiros, ou seja, zelou pela segurança dos mesmos; a apelada foi imprudente ao manter sua mão em local que sabia não ser permitido. Aduz ainda que o valor da indenização fixado em R$ 10.000,00 não teve por base critérios objetivos.

A autora também apelou, alegando em síntese que deveria ter sido deferido o pedido de indenização pelo não cumprimento do contrato, equivalente ao valor da passagem, pois não chegou sã e salva ao seu destino, tendo sua rotina totalmente alterada por ato imprudente, negligente e pela imperícia da apelada, fora descumprida a cláusula de incolumidade física do passageiro; a responsabilidade do transportador é objetiva. Aduz ainda que o valor da indenização por danos morais fixado na r. sentença em R$ 10.000,00 (dez mil reais), deve ser majorado; os juros e correção monetária deverão incidir a partir da data do evento danoso até o efetivo pagamento; a Súmula 54 do E. STJ estabelece que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual; a apelada deverá arcar totalmente com os ônus sucumbenciais.

Recebidos os recursos, apenas o da ré foi respondido.

A ré efetuou o preparo, sendo a autora beneficiária da Justiça Gratuita.

É o breve relatório.

2) Não merecem acolhimento os recursos.

Trata-se de ação de indenização, na qual a autora pretende o ressarcimento

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

decorrente dos danos que lhe foram causados por acidente no interior de ônibus.

Ocorre que, o motorista do coletivo abriu a porta inesperadamente, “prensando” a mão da autora que se apoiava no ferro.

O MM. Juiz “a quo” julgou procedente em parte a ação, fixando os danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais) e indeferindo o pedido de indenização por descumprimento do contrato, nos termos do art. 733, § 1º, do Código Civil.

A ocorrência do acidente restou incontroversa nos autos, tendo em vista os documentos juntados aos autos (fls. 22/23) bem como os depoimentos das testemunhas (fls. 66/87).

Exsurgiu dos autos estreme de dúvidas que o ônibus estava com excesso de passageiros, o que levou a autora a procurar apoio perto da porta.

Patente a responsabilidade objetiva da ré, devendo ser afastada a alegação de que houve culpa exclusiva da vítima.

As obrigações decorrentes do contrato de transporte se desenvolvem no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência.

Ao interpretar o art. 22 do referido código, **CLÁUDIA LIMA MARQUES ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN** e **BRUNO MIRAGEM** especificam quais os serviços públicos que se submetem à sua regulamentação:

“De qualquer maneira, interessam ao nosso estudo somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público ou seu concessionário. Assim, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamento, construção de moradias populares etc” (**“COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR” - 2ª ed. - pág. 381 - RT - 2006 - São Paulo**).

Entretanto, inadmissível a indenização requerida em virtude do descumprimento do contrato, pois o disposto no art. 733, § 1º, do Código Civil, se aplica apenas em transporte cumulativo, ou seja, quando existem trechos de percurso de responsabilidade de transportadores distintos, o que não é o caso dos autos.

Portanto, tal dispositivo legal rege a fixação de responsabilidade solidária no caso da existência de vários transportadores e tem como base o valor do preço da passagem para fixação da indenização.

Neste sentido:

“Assim, no caso vertente, a responsabilidade de indenizar é inequívoca, restando apenas estabelecer as respectivas verbas.

Quanto a estas, nada justificava a pretendida indenização pelo

Acesso ao Sumário

descumprimento do contrato de transporte, pois inaplicável ao caso a invocada regra do art. 733, § 1º, do Código Civil, que se restringe apenas a 'contratos de transporte cumulativo'." (**Apel. nº 0025937-89.2012.8.26.0002 - Rel. Des. GILBERTO DOS SANTOS - 11ª Câmara de Direito Privado - j. 20/03/2014**)

E mais:

"APELAÇÃO - Ação de indenização - Contrato de transporte de passageiro - Indenização correspondente a 300 (trezentas) vezes o valor da passagem, amparada no art. 733, § 1º, do Código Civil. Tal pretensão é totalmente descabida e não encontra amparo no ordenamento jurídico. Isto porque, a hipótese legal do art. 733, § 1º, do Código Civil, trata de transporte cumulativo e não rege qualquer critério indenizatório, mas sim de fixação de responsabilidade solidária em se tratando de vários transportadores, que prestaram serviço ao longo do trajeto contratado, o que não é o caso dos autos. Por isso é totalmente inaplicável o referido artigo no caso em concreto. Recurso improvido neste ponto." (**Apel. nº 0081569-37.2011.8.26.0002 - Rel. Des. EDUARDO SIQUEIRA 38ª Câmara de Direito Privado - j. 27/02/2013**).

Por outro lado, agiu com acerto o MM. Juiz "a quo" ao reconhecer o direito da autora à indenização por danos morais.

O ferimento sofrido pela autora, sem dúvida causou-lhe mal íntimo a merecer reparação por danos extrapatrimoniais.

Os danos morais dizem com o sofrimento pelo qual passam as pessoas atingidas pelo evento danoso, colocando-as em desvantagem psíquica em relação a outros seres humanos.

PHILIPPE LE TOURNEAU, em clássica obra sobre o tema, preleciona que:

"Le prix de la douleur (pretium doloris) vient indemniser le préjudice moral causé par souffrance qu'a éprouvée ou qu'éprouve la victime. C'est le plus connu des dommages moraux occasionnés par une atteinte corporelle."

E com base na jurisprudência francesa conclui o autor:

"Il doit être apprécié en tenant compte à la fois de la douleur physique et du 'retentissement psychologique' qu'à pu ressentir la victime (Trib. Correc. Seine, 5 mai 1965, D., 1965, Som. 110; J.C.P., 1965, 14332...)" (**"LA RESPONSABILITÉ CIVILIE" - 3ª ed. - pág. 201 - nºs 615 e segs. - DALLOZ - 1982 - Paris**).

Dessarte, caracterizada a ocorrência de danos morais em decorrência do acidente de trânsito que lhe causou transtornos, angústia e apreensão.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

O valor da indenização deve apresentar-se em consonância com os objetivos da indenização por danos morais, quais sejam, a reparação do sofrimento, do dano causado ao ofendido pela conduta indevida do ofensor e o desestímulo ao ofensor para que não volte a incidir na mesma falta (**Apel. 836.331-9 - 4ª Câmara do extinto 1º TAC - Rel. Des. J.B.FRANCO DE GODOI - j. 28.04.04**).

Com base neste aspecto teleológico da indenização por danos morais, o valor fixado na r. sentença em R$ 10.000,00 (dez mil reais), deve ser mantido, pois se mostra adequado aos fins a que se destina, sendo que deverão incidir juros de mora de 1% ao mês e correção monetária a partir da data da fixação do valor da indenização, ou seja, da data da r. sentença.

Em razão do resultado, deverá a ré arcar integralmente com os ônus sucumbenciais, pois a autora decaiu em parte mínima, fixando-se ainda os honorários de advogado em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0109981-72.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANTONIO PAULINO NETO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ e SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10560)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 14 de maio de 2014.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Hipótese em que não é necessária a produção de outras provas para o deslinde da ação - Suficiência dos elementos acostados aos autos - Necessidade de produção de outras provas não

demonstrada - PRELIMINAR REJEITADA.

INDENIZAÇÃO - TRANSPORTE COLETIVO - METRÔ - TUMULTO EM RAZÃO DA PARALISAÇÃO DO VAGÃO DO METRÔ ENTRE DUAS ESTAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - Autor que sofreu lesão na mão ao sair pela janela do metrô, em razão de paralisação e desligamento da circulação do ar - Nexo causal demonstrado nos autos - Responsabilidade objetiva do transportador, que não é elidida por culpa de terceiro - Arts. 734 e 735, CC - Teoria do risco profissional - Súmula 187-STF - Dano moral configurado, na medida em que não houve o transporte dos passageiros com segurança - Falha na prestação do serviço - Empresa ré que não comprovou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora nos termos do art. 333, II, do CPC - Indenização fixada nesta instância em R$ 10.000,00, que se mostra razoável e adequada para reparar os danos experimentados - Correção monetária a partir da publicação do Acórdão (Súmula 362-STJ) e juros de mora a partir da citação (art. 219, CPC) - RECURSO PROVIDO.

DENUNCIAÇÃO DA LIDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - Do ponto de vista processual, o Código de Processo Civil coloca o denunciado, ao contestar a ação principal, na posição de litisconsorte do denunciante (arts. 74 e 75, CPC) - Da ótica de direito material, a seguradora é de ser considerada responsável frente à vítima do sinistro, seja em razão do contrato de seguro (arts. 757 e 787, CC), seja em virtude da estipulação em favor de terceiro (art. 436, CC) - Possibilidade de condenação da seguradora, de modo solidário com a transportadora segurada, pelos danos morais e verba honorária, nos termos da apólice juntada aos autos - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação proposta por ANTONIO PAULINO NETO contra COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ, objetivando indenização por danos morais, em razão de acidente sofrido quando estava sendo transportado por coletivo de propriedade da ré.

Além de contestar, a ré apresentou denunciação da lide à SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS (fls. 38/52).

Sobreveio sentença de improcedência da ação principal, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que o acidente ocorreu em razão de tumulto dos usuários, reconhecendo, assim, fato de terceiro que exclui a responsabilidade objetiva da empresa ré. Na mesma oportunidade, por consequência, foi reconhecida a improcedência da denunciação da lide. Pela sucumbência, a verba honorária foi arbitrada em 10% sobre o valor atualizado da causa, atribuído em R$ 5.000,00, suspensa a exigibilidade por força do art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Inconformado, o autor vem recorrer, sustentando, preliminarmente, cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide. No mérito, assevera que comprovou o nexo causal entre os fatos alegados e a lesão sofrida, caracterizando, assim, a responsabilidade da empresa ré (fls. 210/230).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 241/253 e 258/263).

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória decorrente de acidente ocorrido no interior do vagão do Metrô, em razão de uma pane ocorrida entre as estações Tatuapé e Belém, nesta cidade de São Paulo/SP.

Cerceamento de defesa. Inicialmente, cumpre afastar a alegação de cerceamento de defesa. Os elementos dos autos são suficientes para a análise de todas as questões postas pelas partes.

A instrução probatória destina-se a formar o convencimento do juiz, que é seu destinatário, cabendo-lhe decidir sobre a pertinência ou não da sua produção, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil. E o artigo 131 do mesmo Código, por sua vez, demonstra a adoção do sistema do “livre convencimento racional ou motivado”, significando que o magistrado tem liberdade da apreciação da prova, ficando sua convicção condicionada às alegações das partes e às provas dos autos.

Portanto, a necessidade de produção de outras provas deve ficar evidenciada, para que se aceite a alegação de cerceamento de defesa, inocorrente no caso em tela.

Do acidente e a responsabilidade objetiva da empresa ré. Depreende-se dos autos que, em 21/09/2010, o autor ingressou no vagão do Metrô, com destino à estação da Sé, quando parou de funcionar, permanecendo no escuro, entre as estações Tatuapé e Belém, situação que gerou tumulto, quando os

Acesso ao Sumário

passageiros quebraram as janelas de vidro para circulação de ar.

O autor, angustiado e apavorado com a confusão, veio a sair pela janela do trem, quando sofreu um corte na mão, andou pelos trilhos, tendo sido atendido pelos funcionários do Metrô, mas precisou ir ao Hospital Tatuapé para suturar a mão por conta do corte.

Da análise dos autos, os danos e o nexo causal são indiscutíveis, conforme se verifica pelos documentos apresentados (cópias de reportagens noticiando o fato a fls. 24/32).

Consta também declaração emitida pela empresa ré e atestado médico recomendando 7 dias de repouso, em favor do autor, demonstrando os fatos indicados na inicial (fls. 22/23).

Os danos morais, segundo o autor, decorrem do sofrimento físico, da angústia vivenciada, do tumulto, da escuridão e saída do vagão pela janela, tudo a confirmar a falha da prestação do serviço.

Em defesa, a empresa ré alega, como excludente de responsabilidade, que a culpa da paralisação e os transtornos ocasionados foram provocados pelos próprios usuários, tendo em vista a superlotação do trem (fls. 38/52).

Todavia, tal versão não a socorre, seja porque totalmente isolada do quadro probatório, seja porque o fato de terceiro não afasta a sua responsabilidade no caso em apreço. Não se pode negar que a ré é exclusivamente responsável pela pane no funcionamento do trem.

A responsabilidade da ré decorre de própria atividade, risco consagrado também pela doutrina nacional para assegurar a reparação de prejuízos que possa causar aos usuários dos seus serviços.

Na lição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, "conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Em não havendo culpa, não há responsabilidade (...). A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou 'objetiva', porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e nexo de causalidade. (...) Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável; ora mais genericamente como 'risco criado', a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

suportá-lo" ("Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil", vol. 4, Saraiva, 2012, p. 48, n. 11.3).

O art. 734 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade objetiva do transportador, segundo o qual: "O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade".

Ademais o art. 735 do Código Civil, dispõe o seguinte sobre a relação entre o transportador e terceiro envolvido: "A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

É o entendimento consolidado pela Súmula 187-STF: "a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

De resto, a empresa ré não demonstrou qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do art. 333, II, do CPC.

Indenização por danos morais. A indenização por danos morais passou a constituir garantia constitucional (art. 5º, V e X, CF) e tem finalidade dúplice, ou seja, deve ser considerado tanto o aspecto compensatório à vítima quanto o punitivo ao causador do dano, desestimulando-o à prática de atos semelhantes.

O conjunto probatório também evidencia que autor sofreu lesão, permanecendo em repouso durante 7 dias, conforme atestado médico a fls. 23, além de estar caracterizada a falha na prestação do serviço.

Em razão da responsabilidade civil da transportadora, esta c. 23ª Câmara de Direito Privado já decidiu: "RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - Autora - apelante que era passageira do ônibus da apelada e sofreu lesões em razão do acidente - Responsabilidade objetiva oriunda do contrato de transporte - Excludente da responsabilidade da transportadora não configurada - Hipótese em que o fato de terceiro não afasta o dever de indenizar da empresa de transporte, caracterizado o risco inerente à sua atividade - Inteligência do artigo 735, do Código Civil e da Súmula n° 187, do Supremo Tribunal Federal - Hipótese em que a dor e o sofrimento causados à autora merecem ser ressarcidos - Indenização devida - Recurso provido". (Apel. nº 9149806-44.2009.8.26.0000, Rel. Des. J.B. Franco de Godoi, j. 29/06/11).

Acesso ao Sumário

E esse Eg. Tribunal de Justiça vem decidindo em casos similares: "Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Metrô. Transporte coletivo. Relação de consumo. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Passageiro que fere a mão ao sair de composição lotada, paralisada há longo.** Aplicação da regra contida nos artigos 734, do Código Civil e 14 do Código de Defesa do Consumidor. Excludente da responsabilidade da Companhia do Metropolitano

não caracterizada. Danos morais configurados. Indenização fixada em R$ 10.000,00, com correção monetária e juros legais contados do arbitramento. Lide secundária procedente. Recurso provido”. (Apel. nº 0002351-39.2011.8.26.0008, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mauro Conti Machado, j. 11/12/2013).

Para apurar o *quantum* indenizatório, há que se levar em conta fatores como a gravidade da lesão e a repercussão do fato. Além disso, o valor não pode ser tão elevado a ponto de gerar o enriquecimento da vítima.

Feitas essas considerações, é razoável a fixação da indenização em R$ 10.000,00, corrigida monetariamente pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça a partir da publicação desta decisão (Súmula 362-STJ), e acrescida de juros legais a partir da citação (art. 219, CPC).

Da lide secundária. Em razão do desfecho dado à ação principal, a litisdenunciada SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS deve ser condenada direta e solidariamente com a ré-denunciante.

Do ponto de vista processual, o Código de Processo Civil coloca o denunciado na posição de *litisconsorte* do denunciante (arts. 74 e 75, CPC). Vale dizer, no plano processual, quando o denunciado se contrapõe ao pedido inicial da autora, assume a posição de litisconsorte do denunciante.

Da ótica de direito material, a seguradora pode ser considerada responsável frente à vítima do sinistro, seja em razão do contrato de seguro (arts. 757 e 787, CC), seja pela vertente da estipulação em favor de terceiro (art. 436, CC).

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de **recurso repetitivo**, sedimentou o seguinte entendimento: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA EM FACE DO SEGURADO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, **a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice**. 2. Recurso especial não provido”. (REsp. 925130/SP, Min. Relator Luis Felipe Salomão, j. 08/02/2012).

Dispõe o art. 757, Código Civil, que “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

Se o seguro visa garantir o interesse do segurado, ilógico pensar nessa cadeia de atos sequenciais (primeiro pagar a vítima, para só então poder exercer o direito de regresso contra a seguradora), em evidente prejuízo ao consumidor e à própria segurada.

Nessa linha, é inegável a possibilidade de condenação, direta e solidária,

Acesso ao Sumário

da seguradora a favor da vítima do sinistro. O art. 787, Código Civil, confirma a ideia de que o pagamento deve ser feito diretamente ao terceiro “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

Destarte, respeitado entendimento em contrário, imperiosa a procedência da lide secundária contra a Seguradora, com a sua condenação, de forma solidária, a pagar a quantia fixada pelos danos morais devidos ao autor, nos termos e limites da apólice carreada aos autos, que tem cobertura para danos materiais e morais (fl. 54).

Por consequência do ora decidido, caberá à ré e à litisdenunciada arcar com o pagamento solidário das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados no montante de 20% do valor da condenação (art. 20, § 3º, CPC), com correção monetária a partir da publicação do acórdão, bem como juros contados da citação.

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006950-06.2009.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante CANON KABUSHIKI KAISHA, são apelados CNC - CENTRO NACIONAL DE CÓPIAS LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO) e CNC SOLUTIONS TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. (ANTIGA DENOMINAÇÃO).

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16177)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: MARCA. Ação de obrigação de fazer. Importação paralela ilícita não comprovada. Ré que importa produtos da marca Canon para sua atividade e eventualmente os comercializa no mercado interno. Princípio da livre concorrência. Exclusividade de

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

mercado que é vedada. Teoria da exaustão de direitos. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença (fls. 479/482) julgou improcedente pedido cominatório formulado por Canon Kabushiki Kaisha contra CNC - Centro Nacional de Cópias, ao argumento de que não é ilícita a comercialização no território nacional de produtos da marca de propriedade da autora, uma vez que adota-se a teoria da exaustão de direitos, não constituindo a cláusula de exclusividade territorial em favor do detentor da marca óbice ao direito constitucional da livre concorrência entre os produtos autênticos da mesma marca.

Inconformada, em suas razões (fls. 522/539), a autora, sustenta ser ilícita a prática de importação paralela, reiterando os prejuízos à marca de sua propriedade e aos consumidores, estando, ainda, vedada pelos artigos 129 e 132 da LPI que lhe assegura o direito de uso exclusivo no território nacional. Aduz que a teoria da exaustão de direito só é válida se a primeira venda do produto no território nacional for feita pelo titular da marca ou, ao menos, com sua autorização, o que, no seu entender, não é a hipótese dos autos.

Contrarrazões às fls. 574/588.

Este é o relatório.

A r. sentença deu exata e correta solução a questão, não merecendo qualquer reparo.

Trata-se de ação de obrigação de não fazer ajuizada pela apelante, detentora da marca “Canon”, com regular registro junto INPI, que alega que a apelada, de forma indevida, importa e comercializa produtos de sua marca, requerendo a proteção nos termos da Lei de Propriedade Industrial.

Ocorre que, verificou-se que não há contrafação, tampouco prejuízo à marca a ensejar a proteção legal, porquanto os produtos que a empresa apelada importa e comercializa no mercado interno são autênticos.

Não há como se impedir o livre comércio (art. 170 da CF) e, menos ainda, se os produtos já foram colocados no mercado (exaustão de direitos), sendo certo que, apesar da apelante negar essa possibilidade, para nós e ao menos no que se refere aos autos, não se demonstrou se cuidar de atividade ilegal para aquele comerciante que apenas adquire equipamentos Canon, importando-os de terceiros, para sua atividade e, eventualmente, os comercializando, remanufaturados, no mercado interno.

A propósito, esta Câmara em caso semelhante assim decidiu, inclusive com voto declarado por este Relator, tendo sido os argumentos do acórdão ratificados pelo col. **Superior Tribunal de Justiça (REsp 930.491)**: *“Concorrência desleal - Charutos cubanos - Para que se legalize a restrição de comércio*

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

desses produtos de Cuba, é mister que se prove a contrafação, o que não ocorre com o comerciante que importa, de forma regular e permitida, mercadorias estrangeiras, pois o fato de não ceder ao monopólio da distribuição exclusiva direcionado no território brasileiro, não pressupõe que haja contrabando ou pirataria - Não incidência do art. 132, III, da Lei 9279/96 - Precedentes do Tribunal no caso da vodca Wyborowa e do vinho Bolla - Não provimento". (**Apelação nº 419.571-4/0, Rel. Ênio Zuliani, julgada em 27/04/2006**).

E porque os demais questionamentos da apelante não abalaram a ideia de que *"a marca possui uma outra função, ligada ao consumidor, contribuindo, decisivamente, para a garantia da legitimidade e origem do produto que se adquire."*(**Salomão Fº, Calixto. Regulação e Concorrência - Estudos e Pareceres, SP: Malheiros, 2002, pág. 143**), a r. sentença não merece reforma.

Ante o exposto, voto pelo ***desprovimento ao recurso***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042045-83.2012.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes PLASUTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁTICOS LTDA. (E OUTROS(AS)) e NELLY CRISTINA BRAIDOTTI, é apelado PANDURATA ALIMENTOS LTDA..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.117 (EMP))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 19 de maio de 2014.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROPRIEDADE INDUSTRIAL - Desenho industrial - Porta-panetone - Desenho industrial dotado de originalidade e novidade - Distinção, porém, entre o produto das autoras (inventora e fabricante de utilidades domésticas em plástico) e o oferecido pela ré (fabricante de panetones) como brinde na compra de panetone - Impossibilidade, ainda, de induzir a erro

ou confusão o consumidor - Produtos bem destacados por suas marcas - Ademais, embora seja possível que possíveis compradores do porta-panetone da autora deixem de comprá-lo para ganhá-lo como brinde na aquisição do próprio panetone, não há configuração de concorrência desleal e tampouco violação da ética empresarial - Lei do mercado - Ação de obrigação de não fazer procedente - Apelação improvida.

Dispositivo: negam provimento.

VOTO

Recurso de apelação interposto por Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e Sra. Nelly Cristina Braidotti dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. Mauro Ruiz Daró, MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Bauru, que julgou improcedente o pedido inaugural deduzido em face de Pandurata Alimentos Ltda..

Pautando-se no laudo pericial, o i. Magistrado singular consignou que embora semelhantes, os porta-panetones fabricados pelos litigantes não possuem os mesmos elementos distintivos. Ademais, inexiste possibilidade de confusão para o consumidor, "seja porque a única semelhança entre os produtos se limita às características que já eram de domínio público [..], bem como porque os produtos são grafados com marcas distintas, são vendidos em setores distintos e o da ré só é vendido com a própria embalagem do panetone que armazena". (fl. 469).

Com estes fundamentos, julgou improcedentes os pedidos de obrigação de não fazer, de busca e apreensão, e de indenização por danos morais e materiais (fl. 468-470).

Em razões recursais a demandante argumenta que embora não possua exclusividade sobre itens apontados pela perita judicial (corpo troncônico, tampa inferior circular, aresta diagonal e contornante da tampa inferior, face superior do corpo com aresta arrendada, rebaixo central e alça de pegada), combinou-os de forma tal que produziram configuração estética nova e própria.

Sustenta que o art. 104 da LPI não corresponde a uma obrigação, e sim a uma faculdade, cujo não exercício não pode interferir no âmbito de proteção conferida pelo registro do desenho industrial.

Reitera que o produto fabricado pela ré é imitação substancial do desenho industrial das demandantes, que induz o consumidor a erro e confusão, notadamente porque são vendidos na mesma seção, destinada a produtos natalinos. Ademais, "o consumidor que adquire panetone da apelada, levando como brinde o porta-panetone (...), não vai gastar mais, comprando o porta-

Acesso ao Sumário

panetone das apelantes". (fl. 478).

Assim, além de condenada a cessar a fabricação e comercialização do produto, deve a recorrida ser condenada também ao pagamento de lucros cessantes e indenização por danos morais decorrentes da usurpação do desenho industrial e vulgarização do produto, distribuído como brinde pela recorrida (fl. 474-483).

Preparo e porte de remessa e retorno em fl. 484-487.

Contrarrazões em fl. 490-506 pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

O recurso é tempestivo.

A r. sentença foi disponibilizada em 6 de dezembro de 2013 (sexta-feira), considerando-se publicada no dia útil seguinte (09/12/2013). Destarte, o prazo recursal iniciou-se no dia 10 de dezembro (terça-feira) e fluiu até o dia 19 (quinta-feira), a partir do qual permaneceu suspenso até o dia 6 de janeiro de 2014 por força do Provimento n. 1.948/2012 do CSM.

Retomada a contagem, a quinzena legal findou-se aos 11 de janeiro (sábado), prorrogando-se o termo final para o dia 13 de janeiro de 2014 (segunda-feira), exatamente a data do protocolo do recurso (fl. 474).

I – OBJETO DA LIDE

Pretende a autora Plasútil, conhecida fabricante de utilidades domésticas em plásticos, e a inventora-depositante Nelly Cristina, que a ré se abstenha de fabricar e comercializar porta-panetone que julga ser imitação do DI n. 7104572-4.

As autoras são titulares do DI n. 7104572-4, intitulado "configuração aplicada em porta-panetone", cujo depósito - feito em nome da segunda autora, funcionária da demandante - foi concedido pelo INPI em 24 de agosto de 2011, sendo o produto fabricado pela Plasútil (fls. 50-61).

Afirma que a ré - fabricante do panetone da marca "Bauducco" - imita seu produto quanto à forma troncônica lisa, a borda superior arredondada e a aba inferior arredondada, diferenciando-se apenas pelo "degrau entre o corpo troncônico e a borda superior arredondada" (fl. 11).

As ilustrações dos produtos encontram-se em fl. 127 e são abaixo reproduzidas:

Acesso ao Sumário

1. obtido no endereço eletrônico (constante do texto original); disponível em 3 de abril de 2014.

2. obtido no endereço eletrônico (constante do texto original); disponível em 3 de abril de 2014.

II – DIREITO À PROTEÇÃO

Desenho industrial, conforme definição do art. 95 da Lei nº 9.279/96, é “a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

São, pois, quatro os requisitos exigidos para registro do desenho industrial: a novidade, a industriabilidade, a originalidade (inventividade) e a legalidade.

Inquestionável o atendimento aos segundo e quarto requisitos retromencionados.

No tocante à novidade e à originalidade, tive a oportunidade de anotar que “a novidade decorre do universo de coisas não compreendidas no estado da técnica, isto é, as que não sejam de conhecimento acessível ao público antes da data do depósito do pedido de registro, no Brasil e no exterior. A exceção à presunção de conhecimento pela divulgação é a mesma encontrada para as patentes do art. 12, com uma diferença: para estas considera-se o prazo de doze meses como sendo o período de divulgação autorizada, desde que feita pelo inventor, pelo INPI ou por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor, em decorrência de atos por este realizados. Para o registro de desenho industrial o período é menor: cento e oitenta dias”.

Fábio Ulhôa Coelho sintetiza o estado da técnica como “o conjunto de conhecimento resultante das observações e estudos”, “legalmente definido como tudo que foi divulgado, por qualquer meio, até a data do depósito no pedido de

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

registro", lembrando que também o "desenho depositado no INPI, embora ainda não publicado", integra o estado da técnica (Curso de Direito Comercial, vol. 1, 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 218).

Como alhures anotado, a originalidade ou criatividade, por sua vez, "é definida como a que resulta de configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores, excluída qualquer obra de caráter puramente artístico. É verdade que a configuração visual de um objeto jamais será absolutamente nova, mas pode ser 'decorrente de combinação de elementos conhecidos': padronagem, linhas, cores e formas são passíveis de serem recombinadas e adaptadas, criando algo visualmente distinto dos padrões atuais. [..] Não haverá originalidade quando se tratar de forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais. O vulgar, o comum e o que decorre necessariamente das considerações mencionadas não é original" (Manual de Direito Comercial e de Empresa, vol. 1, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 132-133). (grifo nosso).

Exemplifica o comercialista Fábio Ulhôa Coelho: "lembre-se da famosa cadeira que Charles Mackintosh, arquiteto e designer escocês, projetou para a Hill House, em 1902. Cadeira de espaldar bem alto, formado por ripas pretas, que lembra uma escada (sete ripas abaixo do assento, vinte e duas acima). As ripas mais altas são cortadas por traves verticais. Se um designer submeter ao INPI uma cadeira com estas mesmas características, mas com traves diagonais sobrepostas às ripas superiores, esta cadeira será eventualmente nova - posto nenhum outro designer a tivesse projetado, antes -, mas nada original. O resultado visual da nova cadeira não seria suficientemente distinto do da Mackintosh. A originalidade está para o desenho industrial como a inventividade está para a invenção". (opus cit., p. 219).

Nesse contexto, a perita judicial concluiu pela novidade do produto fabricado pela demandante, uma vez que as anterioridades mencionadas e ilustradas em fls. 356-358 "não revelam conjuntamente, como consta do 'relatório descritivo', a 'face superior do corpo com um rebaixo central em formato de meia-lua, onde se posiciona uma alça de mesmo formado' (...) e tampouco 'a sua face inferior com pequenas paredes curvilíneas e dispostas de modo radial'" (fl. 358). Além disso, a novidade também é caracterizada, segundo a experta, porque nenhuma das anterioridades revela "o degrau entre o corpo troncônico e a borda superior arredondada" (fl. 358).

Também a originalidade foi reconhecida pela perita judicial (fl. 359), in verbis:

> "Assim, o Laudo Pericial concluiu que o registro de Desenho Industrial nº DI 7104572-4, de titularidade da Requerente (2), preenche o requisito de originalidade, pois, embora algumas das anterioridades invocadas revelem 'um corpo de formato troncônico e uma tampa inferior circular',

Acesso ao Sumário

as características abaixo descritas (...) são suficientemente distintivas:

'face superior do corpo com um rebaixo central em formato de meia-lua, onde se posiciona uma alça de mesmo formato';

'face inferior com pequenas paredes curvilíneas e dispostas de modo radial'; e

'degrau entre o corpo troncônico e a borda superior arredondada'".

Pontuou a perita que nenhum desses elementos - que tornam original o produto das demandantes - foi repetido na embalagem oferecida ao público pela ré.

De fato, simples visualização dos produtos demonstra que não há no porta-panetone da ré rebaixo na tampa e tampouco alça superior.

Também na ilustração e na fotografia trazidas no laudo pericial observa-se que o prato de apoio do panetone da autora possui paredes curvilíneas dispostas de modo radial, enquanto o da ré, não (fl. 361).

Tampouco há no produto da ré - como confessado em razões recursais - "degrau entre o corpo troncônico e a borda superior arredondada" (fl. 361).

Ademais, como bem registrou a experta, observa-se no desenho industrial registrado pela coautora uma pequena inclinação no corpo do panetone, o que caracteriza seu formado troncônico (ou seja, cone truncado), enquanto o produto oferecido pela ré não possui qualquer inclinação, ou seja, sua base não é diametralmente mais larga que o topo (fl. 362).

Resta, assim, que "a única semelhança efetiva entre os objetos analisados é o diâmetro maior da tampa em relação ao corpo do objeto, o que já havia sido previsto nas anterioridades GB2077967, 00920459 e DI66002512-3, sendo que o fato de serem arredondadas e circulares não autoriza a contrafação", como bem concluiu a perita (fl. 362).

Registre-se que embora o Juiz não seja obrigado a adotar o parecer técnico, está autorizado por lei a adotá-lo se ficar convencido das conclusões do perito judicial.

E, no caso em testilha, o laudo pericial apenas corroborou a nítida diferença visual entre os dois produtos, notadamente pelo formato do corpo do porta-panetone e pela alça superior, assemelhando-se o produto da demandante ao formato de um sino.

Assiste razão ao suplicante quanto à proteção das variações do desenho industrial, mas desde que registradas na autarquia federal.

Improcede o raciocínio da apelante quanto à facultatividade do registro.

O dispositivo permite pluralidade de variações, limitada a vinte por pedido, consignando seu parágrafo único que o desenho deverá contemplar o objeto e suas variações, in verbis:

Jurisprudência - Direito Privado

"Art. 104. (...)

Parágrafo único. O desenho deverá representar clara e suficientemente o objeto e suas variações, se houver, de modo a possibilitar sua reprodução por técnico no assunto."

Evidente, pois, que se o depositante pretende ter exclusividade também sobre as variações do desenho, deverá registrá-las.

Por fim, não há possibilidade de erro ou confusão do consumidor.

Inicialmente, porque as marcas das litigantes encontram-se bem destacadas em seus produtos ("Plasútil" e "Bauducco").

O produto fabricado pela demandante é oferecido ao público isoladamente, ao passo que para obtenção do porta-panetone oferecido pela ré como brinde, sendo imprescindível a aquisição do panetone da marca "Bauducco".

Assim, soa risível a afirmação de que a oferta dos produtos no mesmo setor pode confundir o consumidor desavisado: se o consumidor pretende adquirir apenas o porta-panetone, comprará o produto oferecido pela demandante; se interessar-se pelo panetone fabricado pela ré, terá a opção de levar consigo também um porta-panetone.

Embora os dois produtos sejam natalinos e destinem-se ao mesmo uso, o público-alvo é diverso: há aquele que primordialmente quer comprar o panetone e há quem se interesse apenas pelo porta-panetone.

O fato de a ré ser fabricante de panetone e, nessa qualidade, atrair o público que deseja ganhar um porta-panetone ao invés de comprá-lo, não configura concorrência desleal. Não há violação sequer da ética empresarial. É apenas a lei do mercado.

Não há, pois, contrafação ou possibilidade de indução do consumidor a erro ou confusão.

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011002-06.2009.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante/apelado MARLENE APARECIDA RODRIGUES VENDITO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e negaram ao do réu, V.U.", de conformidade

com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15710)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 5 de maio de 2014.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - Danos materiais e morais - Descontos indevidos em benefício previdenciário da autora em razão de empréstimo que ela não contraiu - Dano moral *in re ipsa* - Fixação do *quantum* em R$ 15.000,00, quantia que sanciona a conduta do agente e concede lenitivo à vítima - Cabimento do pedido de devolução das quantias indevidamente descontadas - Ação julgada parcialmente procedente - Decisão reformada - Recurso da autora provido, desprovido o do réu.

VOTO

As partes pretendem a reforma da r. sentença de fls. 184/193, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação declaratória c.c. indenizatória, condenando o réu a restituir à autora todas as quantias indevidamente descontadas de seu benefício previdenciário nos meses de agosto/09, setembro/09, dezembro/09 e janeiro/10, no valor de R$ 200,50 cada, em face dos contratos de números 197612710 e 199151120, com atualização a partir de cada desconto e juros de mora desde a citação, tendo sido indeferido, todavia, o pedido de condenação do banco por dano moral, que o MM. Juiz entendeu não caracterizado, compensando-se a sucumbência.

A autora afirma que a r. decisão deve ser reformada, alegando, em suma, que também deve ser determinada a restituição do desconto indevido efetuado em 01/03/2010; que, estando comprovada a não contratação dos empréstimos descontados de seu benefício, a responsabilidade do réu pelo ocorrido é objetiva, de modo que tem de ser condenado a indenizar o dano moral que ela sofreu, o qual se deu *in re ipsa*; e que os honorários advocatícios devem ser fixados em 20% sobre o valor da condenação.

O banco, por sua vez, sustenta que a presente ação possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido de outra demanda em curso; que o contrato de n° 150815168 firmado pelas partes não possui qualquer irregularidade e, assim, não há se falar em restituição dos descontos realizados no benefício previdenciário da autora.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Recursos regularmente processados, anotado o preparo daquele interposto pelo réu.

Não foram oferecidas contrarrazões.

É o relatório.

Apenas o recurso da autora comporta acolhimento.

Em primeiro lugar, não há litispendência no caso em análise, porquanto, como bem ressaltou o MM. Juiz, o feito que tramitou perante a 1ª Vara Cível de São Carlos tinha por objeto a declaração de inexistência do contrato n° 150815168, ao passo que a presente ação tem por objeto os contratos n° 197612710 e 199151120.

Dito isso, releva frisar que a autora não firmou os contratos mencionados na inicial, tanto é que o réu não provou a regularidade das contratações, além do que - repita-se - existe demanda em outra Vara objetivando a declaração de inexistência de outro contrato que a requerente aduz não ter firmado com ele, ação essa julgada procedente (fls. 19/26).

Como bem mencionou o MM. Juiz: "*(...) a autora jamais teve qualquer intenção de realizar as operações comerciais com a ré, não tendo, de modo algum, firmado relações jurídicas atinentes aos contratos de números 197612710 e 199151120.*

A ré aduziu, de forma pífia, que as cobranças se justificam em face de a autora não possuindo qualquer irregularidade.

Tal assertiva mostra-se absolutamente ululante, eis que a autor empregou todos os esforços para resolver a questão de forma extrajudicial, não logrando êxito, infelizmente.

Assim sendo, vê-se que a cobrança é totalmente indevida.

É incrível exigir da autora mais do que ela fez, mesmo porque, ao que tudo indica, há algo estranho ocorrendo, eis que houve a alteração do número do contrato e o restabelecimento dos descontos.

Cabe sedimentar que a autora não possui responsabilidade pelos eventos, mas sim a ré, gestora dos serviços, cabendo, então, a esta o dever de assumir todos os contratempos pelos danos causados à autora.

Desta forma, não há dúvidas de que nunca houve relação jurídica entre as partes, sendo, então, indevidos os descontos operados na conta titularizada pela autora a título de crédito consignado. Os contratos de números 197612710 e 199151120 não foram celebrados pela autora, não possuindo relevância e aplicação no mundo jurídico" (fls. 188/189).

Note-se que as questões suscitadas a respeito da responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários, no que se refere a situações como a dos autos, têm sido resolvidas através dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Acesso ao Sumário

E, à falta de legislação específica, tem prevalecido que, na ausência de culpa de qualquer das partes, ao banco toca suportar os prejuízos. Assumir o risco é, na hipótese, o mesmo que assumir a obrigação de vigilância, garantia ou segurança sobre o objeto do contrato.

Por sua vez, é forçoso reconhecer que os estabelecimentos bancários devem suportar os riscos profissionais inerentes à sua atividade; assim sendo, o banqueiro responderá pelos prejuízos que causar, em razão de risco assumido profissionalmente, só se isentando de tal responsabilidade se provar culpa grave do cliente, força maior ou caso fortuito.

Além disso, os bancos devem mesmo ser considerados concessionários de serviço público, que exercem uma função delegada do Estado, de modo que basta a verificação do prejuízo e o nexo de causalidade, para se criar o dever de indenizar.

Há, realmente, uma nova corrente doutrinária, propugnada por Roger Houin, Chistian Gavalda, Jean Stoufflet, Jack Vézian e Michel Vasseur, que visa a aproximar a responsabilidade do banco à do Estado, por considerar que o estabelecimento bancário exerce um serviço público à coletividade, por ser um intermediário forçado dos pagamentos na sociedade atual, ou melhor, um concessionário do poder monetário exercido pelo Estado (lições de Arnoldo Wald, citadas por Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, São Paulo: Saraiva, 4. ed., 1988, v. 7, p. 252-253), que assim pondera: "*Podemos afirmar, baseados nas lições de Arnoldo Wald, que nas relações entre o banco e seus clientes há forte tendência de se reconhecer um regime próprio de responsabilidade civil do banqueiro fundada: a) na idéia de risco profissional (RF 89/714), ante a necessidade de se tratar o banqueiro de modo mais rígido e severo, apreciando-se com maior rigor o seu comportamento e sua eventual culpa, não só por ter conhecimentos especializados ou técnicos bem maiores do que os do cliente, que, geralmente, é um leigo, desconhecendo, portanto, os 'mecanismos bancários', mas também pela circunstância de usar recursos financeiros alheios e pelo poder econômico do banco, que lhe possibilita impor sua vontade a outrem, mediante contratos de adesão e possibilidade de inclusão da cláusula de não indenizar*".

Em vista do quanto até aqui sopesado, de rigor a restituição à autora dos valores indevidamente descontados de seu benefício previdenciário, tal como determinado na sentença.

A propósito, assiste razão à requerente quando alega ter direito à devolução da quantia descontada de seu benefício creditado em 01/03/2010, referente ao mês 02/2010.

Isso porque, de fato, houve o indevido desconto do valor de R$ 200,50 naquele mês, como se depreende do extrato acostado a fls. 174.

Acesso ao Sumário

Igualmente assiste razão à demandante no que diz respeito ao dano moral.

Respeitado o entendimento constante na r. sentença, não há dúvida de que houve atentado contra o conceito moral da autora, causado pelo desconto, em seu benefício, de valores relativos a empréstimo consignado que ela nunca contraiu.

A conduta do banco ultrapassou em muito o mero aborrecimento do dia-a-dia, atingindo, de forma grave, o estado de felicidade da autora, que foi compelida a pagar prestações relativas a mútuo não contratado de valor que jamais lhe foi posto à disposição, até a efetiva cessação dos descontos em seu *hollerith*.

Não há dúvida de que situação como a narrada nos autos é causa de dano moral, diante da exasperação que injustificada e pífia conduta do banco causa, além de medo, tristeza e desencanto, notadamente no caso da autora, que já foi obrigada a ajuizar em face dele outra demanda, relativamente a contrato anterior que também não celebrou.

Destarte, está o banco obrigado a compor o dano moral assim causado à demandante.

E não se diga ser impossível a condenação, por falta de prova do dano, uma vez que basta a ocorrência do ato para se ver, como demonstrado, o dano causado, que se dá *in re ipsa*, ou seja, por força dos fatos verificados.

Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força de simples violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: "*uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto*" (CARLOS ALBERTO BITTAR, *in* "Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 202).

Portanto, indeclinável o dever do banco ao ressarcimento pelo dano moral causado à autora.

O valor da indenização, por sua vez, deve ser estabelecido de modo adequado à hipótese, de forma a sancionar o banco e conceder lenitivo à vítima.

É de ser considerado que a indenização não se presta ao enriquecimento da parte lesada, mas à concessão de mero lenitivo. A situação por que passou a demandante foi provisória e não sofreu desdobramentos, fato que também deve ser levado em consideração para ser estabelecido o *quantum*.

Assim, levando-se em conta todas estas premissas, o valor de R$ 15.000,00 é suficiente para sancionar o banco e conceder lenitivo à autora.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso da autora e nega-se provimento ao do réu, para o fim de ser julgada procedente a ação, condenando-se o banco à restituição dos valores indevidamente descontados nos meses de agosto/09, setembro/09, dezembro/09, janeiro/10 e março/ 2010, no valor de R$ 200,50 cada, em face dos contratos de números 197612710 e 199151120, com atualização a partir de cada desconto e juros de mora desde a citação, bem como ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R$ 15.000,00, corrigido monetariamente pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal desde a data do acórdão (Súmula n° 362 do C. STJ) e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a contar do primeiro desconto indevido, por tratar-se de obrigação oriunda de ato ilícito (art. 398 do CC e Súmula n° 54 do C. STJ), arcando ele, ainda, com a integralidade do ônus da sucumbência (Súmula 326 do C. STJ), fixados os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação, com atualização a partir desta data.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007261-50.2012.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante CASALE EQUIPAMENTOS LTDA., é apelado BAMBOZZI SOLDAS LTDA..

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso de apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.261)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), SEBASTIÃO JUNQUEIRA e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 28 de abril de 2014.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação - Duplicata - Ação precedida de medida cautelar de sustação de protesto - Sentença de acolhimento do pleito cautelar e de extinção da ação principal por perda do objeto - Irresignação procedente - Acordo para parcelamento do débito implementado antes da realização do protesto - Irrelevância na circunstância de a anuência por parte da credora ter-se dado antes do apontamento ou na

data final para o pagamento do título no tabelionato de protesto - Em ambas as hipóteses, cumpria à sacadora, diante do acordo já celebrado, solicitar a baixa do apontamento ou, na pior das hipóteses, o cancelamento do protesto - Consequente procedência de ambas as demandas, principal e cautelar, com atribuição à ré da responsabilidade integral pelas verbas da sucumbência.

Apelação a que se dá provimento.

VOTO

1. Trata-se de ação rotulada como “ordinária”, precedida de medida cautelar de “sustação de protesto”, demandas propostas por CASALE EQUIPAMENTOS LTDA. em face BAMBOZZI SOLDAS LTDA..

Diz a autora, em síntese, que adquiriu da ré uma máquina de solda, a qual seria paga por meio de financiamento. Em razão de problemas na liberação do financiamento, ficou acertado entre as partes que o saldo remanescente, no valor de R$ 56.160,00, seria satisfeito em quatro parcelas de R$ 14.040,00, acrescidas de juros. No entanto, descumprindo o quanto acordado, a ré encaminhou a duplicata no valor de R$ 56.160,00 a protesto. Argumenta, mais, que a primeira das quatro parcelas já foi paga e as demais duplicadas, referentes às três parcelas remanescentes, foram descontadas junto ao banco, não deixando margem de dúvidas quanto ao parcelamento do débito. Donde as demandas, objetivando a “sustação do protesto”.

A r. sentença julgou extinto o processo principal, sem resolução de mérito, pela perda do objeto, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa. Outrossim, julgou procedente a ação cautelar, para tornar definitiva a ordem liminar de sustação do protesto, condenando a ali requerida ao pagamento das verbas de sucumbência, arbitrada a honorária também em 10% sobre o valor daquela causa (fls. 60/61).

Acesso ao Sumário

Apela a autora, argumentando, em síntese, que não era caso de extinção do feito principal pela perda do objeto, o qual foi ajuizado para dar cumprimento ao art. 806 do CPC. Sustenta que o pedido daquele feito se limitara à manutenção da suspensão do protesto e, uma vez que a cautelar foi julgada procedente, é lógica a procedência da ação principal. Objetiva, portanto, a procedência da ação e a inversão da responsabilidade pelo pagamento das verbas de sucumbência (fls. 63/71).

2. Recurso tempestivo (fls. 61v° e 63), preparado (fls. 72/74) e respondido (fls. 79/85).

É o relatório do essencial.

3. Respeitado embora o entendimento externado em primeiro grau, tenho que razão assiste à apelante.

Observe-se que é incontroversa a anuência, por parte da apelada, ao parcelamento do valor que seria financiado e a posterior satisfação da dívida pela apelante, divergindo as partes apenas quanto ao momento em que se teria dado tal aceitação.

A apelante sustentou que as negociações ocorreram e se ultimaram antes do apontamento do título a protesto, enquanto que a apelada afirmou terem-se dado no último dia para pagamento da duplicata, no tabelionato de protesto - controvérsia essa, aliás, assentada na ata da audiência (fl. 54 e verso).

No entanto, nenhum relevo há na controvérsia, uma vez que, aceita a proposta de parcelamento, ainda que na data exata para pagamento do título, tocava à sacadora/apelada pedir a baixa do apontamento ou, na pior das hipóteses, o cancelamento do protesto.

Abstraído tal fato, impressiona mal a circunstância de a apelada haver mencionado em contestação que "no último dia do prazo do aviso de protesto {22.2.12} a Autora propôs o referido parcelamento" (v. fl. 22, terceiro parágrafo - é minha a anotação entre chaves), quando a prova dos autos demonstra que, ao menos desde 2.2.12, as partes já estavam em fase de negociação quanto ao pagamento do débito nas quatro parcelas propostas (cf. troca de *e-mails* copiada a fl. 19 dos autos da cautelar).

Como quer que seja, insisto, uma vez que a apelada não providenciou a baixa do apontamento a protesto do título, não havia que se falar em "perda do objeto" da ação principal.

É de se considerar, mais, que o ajuizamento da ação principal, ainda que apenas para pleitear a manutenção da sustação do protesto, fazia-se necessário, pena de implementação do prazo decadencial previsto no art. 806 do CPC.

Por sinal, não se sustenta, no plano lógico, proclamar a procedência da ação cautelar e a improcedência ou extinção sem resolução do mérito do processo principal (v. art. 808, III, e art. 811, I, do CPC).

4. Assim, a r. sentença será parcialmente reformada, para se pronunciar a procedência também da ação principal, com a consequente inversão da responsabilidade por verbas da sucumbência.

Meu voto, portanto, **dá provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009365-85.2009.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante INCTAM INDÚSTRIA CERÂMICA TAMBAÚ LTDA., é apelado TAMBERLANG EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27431)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 9 de maio de 2014.

LUIZ SABBATO, Relator

Ementa: Execução. Duplicatas. Presença dos comprovantes de entrega de mercadoria, sem, porém, as notas fiscais para cotejo das numerações. Titulação imprestável para exigência da dívida via execução forçada. Necessidade do processo de conhecimento. Embargos procedentes. Apelação desprovida.

VOTO

Embargos à execução fundada em cessão de crédito, instruída a inicial da cobrança com prova de duplicatas protestadas por indicação, presentes os comprovantes de entrega de mercadoria, mas não exibidas as notas fiscais.

Foram julgados procedentes pela respeitável decisão monocrática, cujo relatório se adota.

Apela a exequente embargada sustentando a intempestividade dos embargos. No mérito, realça a higidez dos títulos, dotados de evidente exigibilidade na medida em que as cambiais podem, como no caso, ser apenas indicadas, desde que haja protesto e comprovante de entrega das mercadorias. Esses, em resumida síntese, os substratos fáticos e jurídicos em que se fundamenta a irresignação, regularmente processada.

É o relatório.

Os embargos foram oferecidos depois de quase dois anos da citação. Não se contando mais o prazo da intimação da penhora, mas da citação, é de se convir que a interposição se deu mesmo com intempestividade, tal como demonstrado pela apelante.

Acesso ao Sumário

Nada obstante, era de se processar a resistência não como embargos, mas como incidente de execução, uma vez alegada a imprestabilidade dos títulos para o procedimento de cobrança escolhido.

Nesse aspecto anda com razão a executada, ora recorrida.

Com efeito.

Embora sendo admissível a execução de duplicatas por indicação, no caso haveria que se apurar a exigibilidade forçada com o exame dos comprovantes de entrega de mercadorias.

Todos os comprovantes estão assinados, as assinaturas não foram contestadas e todos possuem uma numeração.

A numeração dos comprovantes deve coincidir com a numeração das notas fiscais, assim possibilitando a conclusão de que os comprovantes, guardando relação com as notas fiscais pela numeração, atestariam a aquisição dos produtos nelas descritos com a devida entrega ao adquirente.

Sendo assim, não estando nos autos as notas fiscais a titulação se tornou, efetivamente, imprestável, uma vez concorrendo a hipótese dos comprovantes não se referirem às notas fiscais que deram origem ao negócio subjacente.

Isso não significa, porém, que se o crédito for verdadeiro estaria injustamente perdido. O que se reconhece por jurisdição é que o exequente não tem ação de cobrança por exigibilidade forçada, podendo conquistar o crédito por processo de conhecimento.

Daí a razão pela qual nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003150-05.2013.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS SILVEIRA FRANCO JUNIOR (JUST GRAT) (ESPÓLIO), é apelado EVALDO SEVERINO BUISCH (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24002)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente), AFONSO BRÁZ e PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

IRINEU FAVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Execução - Embargos - Instrumento particular de confissão de dívida - Ajuizamento de interdição do executado após assinatura do referido instrumento - Efeitos "*ex nunc*" - Impossibilidade de afetar as contratações anteriores, sob pena de descaracterizar o ato jurídico perfeito - Alegação de excesso de execução - Não apresentação de memória do cálculo do valor que o executado entende devido - Inexistência de prova efetiva a desconstituir a eficácia do título cobrado - Eficácia executiva reconhecida - Embargos julgados improcedentes - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra sentença de fls. 140/141, cujo relatório fica adotado, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. Francisco Carlos Inouye Shintate, que julgou improcedentes os embargos à execução ajuizados pelo apelante.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o instrumento de confissão de dívida é nulo, por lhe faltar dois requisitos essenciais à validade de qualquer ato jurídico, agente capaz e objeto lícito. Alega que o falecido Carlos Silveira Franco Junior não se encontrava em perfeito gozo de suas faculdades mentais. Afirma que logo após a assinatura do instrumento foi distribuída a interdição judicial. Também alega excesso de execução. Pede o provimento do recurso nos termos expostos (fls. 149/153).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 156/162), anotado que o apelante é beneficiário da assistência judiciária (fls. 75).

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

O recurso, não obstante a relevância dos argumentos, não merece prosperar.

Com efeito, consta dos autos que a execução é movida contra o Espólio de Carlos Silveira Franco Junior, referente o Instrumento Particular de Confissão de Dívida, no valor de R$ 450.000,00, datado de 17/junho/2009, conforme cópia de fls. 38/39.

Verifica-se ainda dos autos que a interdição movida por Veralucia Maria Lodovici Plugliese foi distribuída em 24/09/2009 (fls. 07/10), ou seja, após a assinatura do referido instrumento.

Se porventura a interdição do executado Carlos Silveira Franco Junior

tivesse sido decretada sua eficácia teria início a partir do registro da sentença, portanto, seus efeitos são "*ex nunc*".

O efeito da decisão judicial é "*ex nunc*" não podendo, dessa forma, afetar as contratações anteriores, sob pena de descaracterizar o ato jurídico perfeito.

Também não se verifica no caso qualquer excesso de execução.

O apelante em nenhum momento trouxe memória de cálculo do valor que entende devido, nem tampouco aponta especificamente qualquer ilegalidade ou abusividade contida na planilha trazida pela apelante.

Vale salientar que em se tratando de embargos à ação executiva, aplicável ao caso, as disposições contidas no artigo 739-A, § 5º, CPC, que prevê: "*§ 5º - Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.*"

Na esteira desse entendimento tem-se que a sentença hostilizada deu justa e adequada solução aos embargos, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012163-74.2012.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAGALY PEDRO, é apelado CDHU COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23939)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. IRINEU FAVA (Presidente) e PAULO PASTORE FILHO

São Paulo, 19 de maio de 2014.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Reintegração de Posse - Comprovação da posse da autora e do esbulho praticado pela ré - Ação julgada procedente - Decisão correta - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 160/161 verso, declarada a fls. 170, que julgou procedente a ação de reintegração de posse que COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU dirigiu contra MAGALY PEDRO.

Apela a ré sustentando que a ocupação do imóvel foi autorizada pelo mutuário originário e que não há posse violenta ou clandestina. Alega que a CDHU, com sua imensa burocracia, torna a regularização das ocupações quase impossível e que a posse da apelante deve ser compreendida com base na função social da propriedade. Aduz que não basta a mera alegação de inadimplência dos mutuários para que se possa rescindir o contrato, reintegrando a CDHU na posse do imóvel, pois não se trata de financiador privado explorando atividade econômica. Por fim, diz que não é possível a retomada do imóvel sem garantir habitação digna para a apelante. Busca a reforma do *decisum*.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

Não prospera a irresignação recursal.

Restou apurado que os antigos mutuários do imóvel em questão efetuaram distrato do contrato de promessa de venda e compra firmado com a apelada, devolvendo a esta a unidade habitacional.

Ocorre que, de forma irregular, haviam transferido a posse do imóvel à ré, que se recusa a desocupá-lo.

Como bem observado na r. sentença, *a ré admitiu que está na posse do imóvel de forma irregular, sem anuência da autora*.

Ademais, efetuada notificação extrajudicial para desocupação do imóvel, a apelante manteve-se inerte (fls. 39/40).

Ora, não há dúvidas de que a negativa da ré em devolver o imóvel comprova o esbulho mencionado na inicial, logo, devida a reintegração de posse à autora.

Por fim, vale lembrar que a rescisão do contrato não se deu em razão de inadimplência no pagamento das prestações, mas houve distrato firmado pelas partes (fls. 33).

Não havendo que se falar, ainda, que a apelada tenha qualquer obrigação de, antes da retomada do imóvel, garantir habitação digna para a apelante.

Em suma, observa-se que foi dado correto desate ao litígio, nada havendo para ser alterado na r. sentença de Primeiro Grau.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0153123-92.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO CARVALHO MORELLI, é apelado BANCO CITIBANK S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.758)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 26 de maio de 2014.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS E LUCROS CESSANTES - Prestação de serviços - Contrato bancário - Plano de Previdência Privada - Alegação de que o autor não foi devidamente orientado acerca do investimento - Não comprovação de que o Banco tenha informado o cliente acerca das características do negócio - Dever de informação clara e precisa, nos termos do disposto no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor - Ausência de prova do conhecimento prévio do autor dos termos do contrato e prazo para resgate da quantia aplicada - Determinação para que o Banco forneça o regulamento do Plano de Previdência objeto da demanda no período postulado - Condenação do Banco ao pagamento dos valores cobrados a título de encargos, taxas e tributos descontados quando dos resgates efetuados - Pleito relativo aos lucros cessantes afastado - Não comprovação de que o autor tenha deixado de ser beneficiado com melhores rendimentos em razão de outras aplicações - Danos morais não configurados - Não demonstração da existência de dano moral capaz de ensejar a indenização pretendida - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de indenização por danos materiais e morais julgada improcedente,

Acesso ao Sumário

nos termos da r. sentença de fls. 115/116, que condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Embargos de declaração opostos às fls. 120/121, rejeitados (fl.124).

Apela o vencido repisando os fatos narrados na petição inicial. Aponta a incidência do Código de Defesa do Consumidor, ressaltando que não assinou qualquer contrato ou recebeu folheto explicativo sobre o investimento realizado. Diz que o gerente da agência bancária indicou como investimento um plano de previdência privada, sem fornecer as informações adequadas sobre os riscos do negócio. Disserta sobre a boa-fé contratual e dever de informação, além de apontar ocorrência de erro substancial e dolo quanto à indicação de investimento não condizente com suas necessidades e idade avançada. Afirma ainda que se soubesse das características do Plano de Previdência VGBL não teria aplicado seu dinheiro, pois, trata-se de investimento a longo prazo e que tem como público alvo pessoas jovens que buscam estabilidade financeira quando da aposentadoria. Destaca os danos materiais sofridos, alegando que em razão de não ter recebido o extrato detalhado do investimento realizado, não pode precisar a forma de cobrança das taxas, encargos e tributos. Aduz que com a juntada dos extratos bancários detalhados do período de 1/6/2011 até a data do último resgate efetuado, além do regulamento do investimento feito, será possível mensurar o valor dos danos materiais suportados, além do lucro cessante obtido pela diferença entre os rendimentos auferidos com o VGBL e com aqueles que seriam auferidos em um investimento adequado a seu perfil. Por fim, entende que sofreu danos morais, pois, se sentiu enganado e ludibriado ao ter investido seu dinheiro de forma inadequada.

O recurso foi preparado (fls. 139/141) e contrariado (fls. 146/149).

É o relatório.

Pretende o autor receber indenização pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido em razão da alegada falha na prestação dos serviços por parte do réu.

Acesso ao Sumário

Esclarece que é titular de conta corrente junto ao Banco Citibank e que em 1/6/2011 dirigiu-se à agência bancária com o objetivo de "*investir sua reserva financeira em uma aplicação segura e sem restrições quanto a movimentação, uma vez que tem 82 (oitenta e dois) anos de idade e pode necessitar utilizar os seus recursos para tratamentos médicos e de urgência e aquisição de bens*". Informa ainda que lhe foi recomendado investir a quantia de R$ 685.864,17 no "VGBL CITIPRE CORP DI".

Ocorre que ao realizar resgates sofreu prejuízos em decorrência do mencionado investimento, haja vista a cobrança de tributos, taxas e encargos.

Entende que diante da falta de informações por parte do preposto do

Banco, quanto às reais características do investimento, sofreu os prejuízos materiais e morais relatados na petição inicial.

Em contestação o Banco aduz, em suma, que o autor foi informado acerca das características do negócio firmado.

A ação foi julgada improcedente.

Do conjunto probatório extrai-se a ilação que o autor investiu importância considerável no plano "VGBL CITIPRE CORP DI". Segundo por ele narrado, foi convencido pelo preposto do Banco que tal investimento era adequado às suas necessidades.

Contudo, ao efetuar resgate de valor parcial, foi surpreendido com a cobrança de tributos, taxas e encargos. Além disso, verificou que tal investimento se tratava de plano de previdência complementar individual e era destinado a "*pessoas que possuem horizonte de investimentos de longo prazo*", cujo objetivo "*é possibilitar a formação de uma poupança que será transformada em renda de aposentadoria no futuro*" (fl. 22).

Com efeito, pelo que se denota, o investimento celebrado pelo autor não é o que melhor se adapta às suas necessidades.

Pelos documentos juntados com a inicial, verifica-se que o Plano de Previdência "VGBL CTTIPRE CORP DI" não é o mais indicado a uma pessoa com idade avançada, quer por suas características, quer pelo modo e prazo de resgate.

Não é difícil concluir que uma pessoa de 82 anos não desejava efetuar investimento de R$ 682.000,00 em fundo de previdência privada, deixando tal quantia indisponível por período considerável.

Ademais, do conjunto probatório não se verifica que o requerente tivesse ciência das particularidades do plano indicado pelo preposto do Banco.

Segundo por ele alegado, não lhe foi ofertado o regulamento do plano de previdência, tampouco extrato referente ao período de aplicação.

De fato, o Banco não demonstrou ter enviado o regulamento no ato da inscrição ou em momento posterior.

Com o regulamento em mãos e os esclarecimentos pertinentes por parte do funcionário do Banco, quando da contratação, o autor seria devidamente informado e teria melhor compreensão do investimento que estava realizando.

Não se olvide que o dever de informar de forma clara e precisa é princípio fundamental da Lei Consumerista.

O inciso III, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que são direitos básicos do consumidor: **"...III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como**

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

sobre os riscos que apresentem;...”.

Consoante os dizeres do Professor Rizzato Nunes **“O dever de informar é princípio fundamental na Lei n. 8.078, e, junto ao princípio da transparência estampado no caput do art. 4º, traz uma nova formatação aos produtos e serviços oferecidos no mercado.**

Com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços, etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Ed. Saraiva, pag. 123).

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor tem como um dos pressupostos básicos o reconhecimento, pelo fornecedor, da vulnerabilidade do consumidor, especialmente o idoso.

O artigo 39, da Lei Consumerista, dispõe que:

“É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

... IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços:”

Ainda citando as lições do Prof. Rizzato Nunes: **“...E isso decorre do simples fato de que a constatação primeira da capacidade do consumidor nas relações de consumo é a de que o consumidor é vulnerável e hipossuficiente. A característica mais marcante do consumidor, como vimos, é a de que no mercado de consumo ele representa o elo fraco da relação, especialmente pelo fato de que não tem acesso às informações que compõem o processo produtivo, que gera os produtos e os serviços...**

...No que se refere às situações concretas que a norma entende qualificadoras da abusividade, são evidentemente exemplificativas. A idade é importante, quer se trate de criança ou de idoso...”. (ob. cit., pags. 478/479).

Relevante salientar que se trata de contrato de adesão (art. 54, do Código de Defesa do Consumidor), que não obrigará o consumidor se não for dada oportunidade de conhecimento prévio de seu conteúdo (art. 46, do CDC).

Além disso, o CODECON trouxe proteção ao consumidor, em seu artigo 14, ao adotar a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor, no que se refere à prestação de serviço.

Destarte, o requerido não trouxe provas que corroborassem suas alegações. Não veio para os autos qualquer documento que demonstrasse a ciência do autor aos termos do contrato.

De tudo se conclui que houve falha na prestação dos serviços prestados

Acesso ao Sumário

pelo Banco, atinentes ao dever de informação.

Em razão do acima decidido o Banco deverá fornecer o regulamento completo do plano de previdência objeto da demanda, bem como os extratos bancários detalhados do período de 1/6/2011 até o presente momento, consoante o pleiteado na inicial.

Além disso, tendo em vista a ausência de informações acerca das características e prazos atinentes ao investimento, deverá o Banco efetuar o pagamento dos valores cobrados a título de encargos, taxas e tributos descontados quando dos resgates efetuados.

Não há que se falar em lucros cessantes, porquanto, não há provas de que o autor tivesse deixado de "auferir rentabilidade estável" ou que fosse ser beneficiado com melhores rendimentos em razão de outras aplicações.

Não obstante o reconhecimento da falha na prestação dos serviços, o requerimento atinente aos danos morais não comporta provimento.

Isso porque não restou comprovado qualquer vexame, constrangimento, abalo moral ou do crédito do autor, tampouco o apontamento de seu nome em bancos de dados.

O ato, para ser determinador de reparação, deve ser atentatório à moral, suficiente para configurar dor, vexame e humilhação.

O autor, repita-se, não demonstrou ter sofrido abalos morais. Quando muito passou por mero aborrecimento, que, no entanto, não acarreta prejuízo na órbita moral.

Cabe salientar que sensações desagradáveis ou incômodos passageiros, resultantes das atividades rotineiras, sem reflexo na vida íntima do ofendido, não justificam a indenização em tela.

Segundo Antonio Jeová Santos: **"Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. As sensações desagradáveis, por si só, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral".** ("Dano Moral Indenizável", Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, pag. 113).

Consoante a abalizada lição do Desembargador Sergio Cavalieri Filho, **"só se deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento**

Acesso ao Sumário

psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos". (Ap. 9.852/01, TJRJ).

Enfim, o autor não se desincumbiu de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, no tocante aos danos morais.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para o fim de condenar o Banco ao pagamento dos valores cobrados a título de encargos, taxas e tributos descontados do autor quando dos resgates efetuados. Deverá o Banco fornecer o regulamento do plano de previdência objeto da demanda, bem como os extratos bancários do período de 1/6/2011 até o presente momento.

Em razão da sucumbência recíproca cada parte arcará com 50% das custas e despesas processuais e honorários de seus respectivos patronos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011233-13.2008.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante P.O.M. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado A.N.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.721/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente sem voto), MARCONDES D'ANGELO e HUGO CREPALDI.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Acesso ao Sumário

EMENTA: Direito de vizinhança. Perturbação do sossego. Boletim de ocorrência. Alegação de

injúria, calúnia e difamação. Danos morais. Ação indenizatória.

1. A lavratura de boletim de ocorrência por vizinho do estabelecimento comercial da autora, relatando de forma generalizada a conduta dos frequentadores, constitui exercício regular do direito, não ensejando a responsabilidade civil do réu pelos indigitados danos morais.

2. Inexistindo prova contundente de que o réu denegriu a imagem da autora, não há falar-se em ato ilícito pela suposta temeridade da conduta do requerido.

Para a responsabilidade civil que a autora pretende imputar ao réu devem estar comprovados o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade. Arts. 186 e 927 do Código Civil.

3. Negaram provimento ao recurso.

VOTO

1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

Inicial (fls. 02/14)

Síntese do pedido e da causa de pedir: ação indenizatória ajuizada por P.O.M. em face de A.N.S., alegando ser proprietária de um bar avizinhado ao réu, tratando-se de lugar com ambiente familiar, que não condiz com as acusações feitas pelo réu em boletim de ocorrência baseado em suposta perturbação do sossego da vizinhança. Alega que o requerido, ao prestar declarações no referido documento policial, declinou inverdades sobre a autora, incorrendo em injúria, calúnia e difamação, maculando a imagem e honra da autora e causando prejuízo moral. Pretende seja o réu condenado à indenização por danos morais, no valor de R$ 50.000,00.

Sentença (fls. 194/201)

Resumo do comando sentencial: julgou improcedente o pedido, diante da falta de provas do quanto alegado na inicial. Asseverou que a conduta do réu, de lavrar boletim de ocorrência quanto ao barulho advindo do estabelecimento da autora, não configura atitude temerária ou infundada, mormente quando a vizinhança de forma geral realizou abaixo-assinado contra o barulho, não tendo sido constatados, ainda, os atos atribuídos ao réu pela inicial. Lastreou a improcedência, ainda, no entendimento jurisprudencial pelo qual a simples comunicação de crime, quando realizada de forma não temerária, não enseja o dever indenizatório. Condenou a autora aos encargos da lide, fixando honorária de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade.

Razões de Recurso (fls. 205/211)

Acesso ao Sumário

Objetivo do recurso: insurge-se a autora contra a sentença, suscitando a prova oral colhida nos autos, que apontam para a inexistência de qualquer prática repudiável no estabelecimento da autora, que pudesse justificar os fatos atribuídos pelo réu. Insiste na comprovação, nos autos, dos impropérios disparados pelo réu à demandante, demonstrado o dano moral passível de indenização. Pugna pela reforma da sentença.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

O recurso não vinga.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora, P.O.M., em face da sentença que, nos autos da ação indenizatória ajuizada contra A.N.S., julgou-a improcedente.

A autora apelante não logrou trazer a esta instância recursal elementos que demonstrem o desacerto da sentença hostilizada.

A inicial refere que a autora experimentou danos morais em razão da conduta do réu, que teria agido de forma caluniosa, injuriosa e difamatória, ao alegar junto à autoridade policial que o estabelecimento da autora promovia festas com som alto, com prática de atos sexuais na via pública, bem como imputando à autora má reputação.

De acordo ainda com a inicial, o réu teria atribuído à autora, no boletim de ocorrência lavrado em 11/12/2007, conduta reprovável quanto à sua vida sexual.

Contudo, compulsando-se os autos, na tentativa de ver espelhadas tais alegações nas provas produzidas, afere-se que a demandante não logrou comprovar a presença dos requisitos necessários à responsabilização civil do réu, como pretende.

Nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, de que lançou mão a autora para deduzir o pleito indenizatório, não se encontram devidamente demonstrados o ato ilícito praticado pelo réu, o dano experimentado pela autora, e o nexo de causalidade entre um e outro.

Como bem apontou o juiz sentenciante, a conduta atribuída ao réu não encontra eco nas provas dos autos.

O boletim de ocorrência lavrado pela autoridade policial, baseado nas declarações do réu, não contém as assertivas que a autora atribui ao réu declarante.

Cumpre transcrever, para melhor compreensão, os trechos do referido documento (fls. 18):

> **"Comparece nesta unidade a vítima narrando que reside próximo ao bar sendo que todos os dias a P. realiza festas no local, colocam som em alto volume, barulhos, quebram garrafas na rua e mantem**

(sic) relações sexuais na rua em frente a casa da vítima. Informa que já tentou conversar com a averiguada, porém não obteve êxito.”

Não se extrai, do texto destacado, que o autor tenha afirmado ser a autora ***“vadia, mulher da vida, que sai transando com qualquer homem que encontra pela rua”*** (vide trecho em fls. 04 *in médio*).

Embora a falta de primor gramatical do texto lavrado pela autoridade policial deixe dúvidas quanto aos termos ali declinados, não se infere a interpretação dada pela autora.

O que se conclui do quanto declarado pelo réu está mais próximo da referência a práticas realizadas pelos frequentadores do estabelecimento comercial do que de qualquer conduta atribuída à pessoa da autora.

Não há como dar ao texto destacado a elasticidade da interpretação feita pela autora, pois aí se estaria presumindo o ato ilícito, quando da sua prova inequívoca depende a responsabilização pretendida.

Portanto, apenas pelo quanto consta do boletim de ocorrência, é impossível atribuir ao réu qualquer ato ilícito, pois não se vê atribuição de prática reprovável à pessoa da autora.

Também se revela insuficiente a delinear o ato ilícito a alegação de que ao réu proferiu xingamentos contra a autora.

Nenhuma das testemunhas da demandante (fls. 121/122) atribuiu especificamente ao réu qualquer conduta temerária ou reprovável nesse sentido, afirmando, apenas, que ouviram dizer dos impropérios lançados pela vizinhança contra a autora.

As afirmações quanto à normalidade do comportamento encontrado no estabelecimento da autora não têm o condão de dar ao boletim de ocorrência contornos de conduta temerária por parte do réu.

A uma, porque há elementos nos autos que indicam a real perturbação do sossego causada pelo estabelecimento da autora, conforme se vê da prova oral, do abaixo-assinado realizado pela vizinhança, e do fechamento do estabelecimento da autora por falta de autorização para funcionar.

E, a duas, porque a prova de normalidade do comportamento dos frequentadores não é suficiente para comprovar a injúria, calúnia ou difamação praticadas pelo requerido.

Vê-se que a autora, embora se defenda da alegada perturbação do sossego, registrada pelo réu na delegacia de polícia, lastreia seu pleito indenizatório na suposta difamação da sua pessoa, no comportamento sexual a ela referidamente atribuído pelo réu.

Porém, não há nos autos qualquer prova, menos ainda com a contundência que se espera, de que o réu tenha imputado à autora o comportamento delineado

Acesso ao Sumário

na inicial.

A lavratura de boletim de ocorrência, por perturbação do sossego, não se afigurou medida abusiva por parte do réu, mormente em face dos demais elementos constantes dos autos, que apontam para a confirmação do relatado no documento policial.

Vide, a propósito, julgados desta Corte, nesse sentido:

“Ação de indenização por danos morais. Dano moral não configurado diante da conduta da apelada que agiu no exercício regular de direito, excluindo qualquer eiva de ilicitude. Não restou configurado comportamento temerário por parte da apelada que ensejasse o entendimento de que a intenção de narrar fato criminoso em boletins de ocorrência tenha ocorrido com o intuito específico de prejudicar a moral do apelante. Dano moral indenizável não configurado. Juízo ‘a quo’ analisou corretamente as questões suscitadas e o conjunto probatório. Incidência do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desnecessária repetição dos adequados fundamentos expendidos pela sentença recorrida. Sentença mantida. Recurso improvido.” *(Apelação nº 0041900-08.2009.8.26.0564, 2ª Câmara, rel. José Joaquim dos Santos, 10/12/2013)*.

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano Moral - Lavratura de Boletim de ocorrência, declarações prestadas na Delegacia de Polícia e missiva enviada à Autoridade Judicial - Ausência de insinuações difamantes, caluniosas e injuriosas contra a pessoa da autora - Não configuração de lesão à honra - Recurso desprovido.” *(Apelação nº 0123094-92.2008.8.26.0005, 1ª Câmara, rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 21/05/2013)*.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. Autor que realizou serviços como pedreiro na casa da ré, que alega ter sido vítima de danos morais em razão de imputação de crime de furto. Notícia de furto mediante lavratura de boletim de ocorrência. Levar ao conhecimento da autoridade policial a ocorrência de crime não é ato passível de responsabilização civil, salvo se praticado com a intenção de prejudicar a pessoa acusada, ou se desprovido de fundamentação razoável. Ato que configura exercício regular de direito e que é do interesse da coletividade. Inexistência de dolo ou culpa. Ausência de elemento caracterizador da responsabilidade civil subjetiva. Dever de indenizar inocorrente. Pretensão não acolhida. Recurso desprovido.” *(Apelação nº 0006378-48.2010.8.26.0510, 4ª Câmara, rel. Milton Carvalho, 04.04.2013)*.

Acesso ao Sumário

Portanto, diante dos fundamentos expostos, aliados aos já declinados na sentença, o recurso não comporta qualquer provimento.

3. “Ex positis”, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019026-91.2011.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante RITTER ALIMENTOS S/A, é apelado KIVIKS MARKNAD INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA..

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29118)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), MAIA DA CUNHA e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: CONCORRÊNCIA DESLEAL - Utilização do *trade dress* de embalagens de vidro que são usadas para acondicionar as geleias Queensberry. Marca tridimensional devidamente registrada e em plena vigência. Requerida que passou a usar potes absolutamente semelhantes aos da autora. Produtos que são vendidos lado a lado nos supermercados. Demonstração da possibilidade de confusão e concorrência desleal. Pote de geleia utilizado pela autora há quase trinta anos, caracterizando o conjunto de imagens distintivo - Violação de direitos da propriedade industrial e usurpação que tem finalidade de aproveitamento - Sentença de procedência. Apelo para reforma. Não provimento.

VOTO

Vistos.

KIVIKS MARKNAD INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA., ingressou com ação indenizatória cumulada com obrigação de cessão de uso e pedido de tutela antecipada em face de RITTER ALIMENTOS S/A. Explica a autora que se constituiu em 1986 e que passou a produzir geleias identificadas como *"QUEENSBERRY"*, nome devidamente protegido perante o INPI.

Acesso ao Sumário

Trata-se de produto diferenciado, de nível internacional, tendo desenvolvido embalagem específica para se destacar dos concorrentes, o que vem sendo mantido desde então. Explicou cuidar de embalagem quadrangular, com bocal circular de abertura ampla, permitindo o fácil acesso ao produto, acrescentando ser a única, até o final de 2010, a utilizar o modelo. A requerida comercializa geleias desde 1919, conforme indica o rótulo, tornando-se líder do mercado com uma embalagem cilíndrica, que era a adotada quando a requerente iniciou suas atividades. Com o crescimento da autora no mercado, a requerida adotou postura para tentar recuperar o espaço, alterando a forma visual de apresentação do produto, passando a usar um pote quadrangular. Assim, as diferenças entre os potes diminuíram, mas ainda não se confundiam. Ocorre que no final de 2010, a requerente foi surpreendida com um novo visual de pote de geleia fabricada pela requerida, muito semelhante ao da demandante, confundindo o consumidor. O fato é preocupante porque não há a mesma qualidade, consistência ou sabor. A requerente enviou notificação extrajudicial à requerida, a qual mencionou que os potes não apresentam nada em comum. A marca tridimensional está devidamente registrada, podendo a autora zelar pela sua integridade. Além da proteção marcária, a característica artística estaria protegida pelo direito autoral. O conjunto visual do pote da ré viola o *trade dress* da autora, de modo que deve ser deferida a tutela antecipada, julgando-se a ação procedente para condenar a ré a ressarcir a autora pelo uso indevido da sua marca tridimensional, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença, determinando-se a abstenção de uso do pote atualmente usado pela demandada ou outro que seja conflitante com a proteção conferida.

Antecipação de tutela indeferida às fls. 175.

Contestação de RITTER ALIMENTOS S/A às fls. 217, alegando-se falta de interesse porque não se protege direito autoral aplicado a produto. A autora faz esforço para demonstrar a similitude entre os potes. Não há semelhança entre os objetos e nenhum consumidor escolhe o produto pela estética da embalagem, sendo as diferenças claramente perceptíveis ao comprador. Não há ato intencional com o fim de prejudicar o concorrente, havendo mudança na embalagem para evitar resíduo orgânico. Não há dano material a ser indenizado. Há abuso de direito e litigância de má-fé porque a ação visa eliminar a concorrência. Requer o julgamento de improcedência.

Réplica às fls. 341. A tutela antecipada foi deferida às fls. 381 e cassada por decisão do Tribunal. A r. sentença de fls. 382 julgou a ação procedente, a fim de condenar a requerida a se abster de utilizar o pote que imita o da requerente, retirando do mercado os produtos que utilizam tal pote em 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00. Ademais, condenou a ré ao pagamento de indenização por danos materiais a ser apurada em regular liquidação de sentença.

Apela a ré às fls. 441, alegando nulidade da decisão pela necessidade de

Acesso ao Sumário

prova pericial. Também deveria ter tido oportunidade de comprovar que teve necessidade de novo pote para diminuir perdas. Há nulidade por 'alteração da causa de pedir' e por haver decisão *extra petita*, já que, além da indenização e da abstenção, a r. sentença determinou a retirada do mercado dos potes no prazo de 30 dias. No mérito, alega que as embalagens têm formatos díspares. Ademais, lacres, cores, etiquetas, que para a sentença integrariam o pote da apelada, não contemplam a proteção que foi judicialmente entregue. Não existe confusão e o dispositivo traz prazo no qual não se pode cumprir a obrigação. A retirada dos produtos é medida excessiva e desproporcionalmente danosa à boa imagem que a Ritter desfruta. Requer a reforma da decisão. Contrarrazões às fls. 544.

Os autos trazem parecer da eminente Professora Maitê Cecília Fabbri Moreo na defesa da licitude do ato de mercado da Ritter (livre concorrência), com abordagem interessante sobre as diferenças dos produtos.

É o relatório.

Os integrantes da Turma Julgadora não ignoram os termos de recente Acórdão assinado pela eminente Ministra NANCY ANDRIGHI (Resp. 1418171 CE, DJ de 10.4.2014) determinando realização de perícia para apurar "suposta utilização indevida da marca Ypióca pela recorrente, ao envasar sua cachaça nas garrafas litografadas" e não seguem a diretriz porque estão convictos da desigualdade dos fatos.

Portanto e como primeira premissa do veredicto colegiado, rejeita-se a preliminar de nulidade por falta de perícia, sem risco de ofender o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. A prova, segundo um dos mais ilustres processualistas (SANTIAGO SENTIS MELENDO) se produz e se encaminha ao juiz como pressuposto persuasivo e de convicção e a sua finalidade é produzir a certeza de um fato (*La prueba*, Buenos Aires, EJEA, 1979, p. 49). Respeitada a posição daqueles que consideram maiores esclarecimentos sobre a possibilidade de confusão entre os produtos que são apresentados em potes quase idênticos, deve ser aplicado o art. 131, do CPC, como referência da dispensa desse exame inútil. Evidente que nunca se obterá a unanimidade sobre a interpretação que se realiza comparando os potes e rótulos das geleias, o que não significa existir dúvida. Há, sim, maneira diversa de sentir a igualdade ou a diferença e até de avaliar o perigo da confusão e isso é normal ou de acordo com os sentidos e ângulos da cena analisada. Porém, não há como o jurista exigir que um publicitário ou um técnico em *marketing* forneça dados para subsidiar o que é possível aferir pelo conhecimento comum ou instinto natural. A perícia é uma perda de tempo que prejudica o processo e encarece os custos da demanda.

Ainda, sobre as preliminares arguidas pela apelante, é de se consignar que seria igualmente desnecessária ao deslinde da causa a demonstração de que o novo pote utilizado para acondicionar as geleias comercializadas pela requerida

Acesso ao Sumário

foi adotado como forma de minimizar perdas orgânicas. Ainda que tal fato estivesse comprovado, não se pode deixar de considerar que a requerida tinha o dever de respeitar os direitos marcários precedentes e pertencentes à autora, não servido tal fundamento para justificar a infração às normas de propriedade industrial.

Não se pode falar, ainda, ao contrário do que argumenta a ré-apelante, que houve mudança na causa de pedir, na medida em que a discussão travada durante todo o desenvolvimento do processo foi o mesmo, qual seja, a semelhança prejudicial existente entre os potes de geleia comercializados pelas partes e a imitação da forma visual utilizada pela demandante.

Fica afastada, também, a tese de decisão *extra petita*, já que a inicial trazia pedido expresso no sentido de determinar a retirada imediata dos potes do mercado nacional.

O litígio foi bem resolvido.

Os direitos de propriedade intelectual consistem em inegável exceção ao princípio da livre-concorrência e à própria livre-iniciativa, fundamentos do nosso sistema econômico, nos termos do art. 170 da CF. Tais direitos recaem não propriamente sobre objetos materiais, mas sobre configurações e sistemas abstratos, que somente adquirem seu valor na exploração comercial em um mercado. Seu caráter excepcional, entretanto, é justificável, sendo reconhecido na própria Constituição, que expressamente ressalva que sua concessão tem por fim o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Isto porque os monopólios concedidos em caráter excepcional têm por finalidade incentivar a inovação tecnológica da Nação.

A Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais do homem, no art. 5º, incisos XXVII e XXIX, confere proteção às criações intelectuais, prevendo, expressamente, a proteção às criações industriais, marcas e outros signos distintivos, bem como aos autores a exclusividade de utilização, reprodução e publicação de suas obras, contexto em que se insere a requerente da presente demanda.

Acesso ao Sumário

O caso retrata hipótese em que a ré, sem autorização da autora, passou a fazer uso da marca tridimensional de propriedade da requerente e devidamente registrada no INPI, argumentando a requerida acerca da impossibilidade de confusão.

Admite-se que o consumidor de hoje não é o mesmo que CLOVIS COSTA RODRIGUES definiu, em 1945, como "desprevenido e incauto - não cuida, ao adquirir a mercadoria, de lhe analisar a marca ou o rótulo, descendo a minúcias e particularidades" (*Concorrência desleal*, Editorial Peixoto, RJ, p. 198, § 105). Sem contrariar a opinião experiente de quem acumulou as funções de Diretor do DNPI e da Comissão do Código de Propriedade Industrial, é de se registrar que

o cliente da atualidade está dividido em classes e muitos, não necessariamente mais ricos, não se enganam com as aparências. A maioria, contudo, continua vulnerável ao que se chama impressão do conjunto, tanto que expedientes são denunciados como práticas voltadas a confundir para se obter vantagens.

Conforme demonstram as fotografias de fls. 125/131; 135/141, as características inseridas na nova embalagem que passou a ser usada pela requerida são suficientes para causar prejuízos à autora, bem como causar confusão na massa consumidora, já que a similitude das formas de produtos que são vendidos lado a lado nas gôndolas dos supermercados poderia facilmente atrair o comprador para a aquisição das geleias da requerida pensando tratar-se daquelas fornecidas pela autora, dada a imitação levada a efeito. Essa situação não ocorre quando os produtos estão próximos, mas, sim, quando há desabastecimento temporário, o que é normal pela rotatividade dos estoques, o que poderá conduzir o freguês desavisado a comprar uma geleia pensando adquirir a outra que era sua verdadeira intenção.

Não somente deve o Judiciário efetivar a proteção do *trade dress*, como um todo (apesar de não haver sistema de registro de tal 'conjunto-imagem', em sua totalidade), como é certo que a marca tridimensional materializada pelo pote/embalagem de geleias produzidas pela requerente encontra-se devidamente registrada (fls. 107), de modo que a proteção almejada deveria mesmo ser deferida (art. 129 da LPI).

Mencione-se, por oportuno, a lição de Gama Cerqueira (*in*, Tratado de Direito Industrial, v. II, Tomo II, Parte III, pág. 63) sobre a semelhança de marcas: "*Distingue-se da reprodução a imitação, porque, neste caso, não há cópia servil da marca registrada,* ***mas apenas semelhança capaz de criar confusão prejudicial ao titular da marca anterior e aos próprios consumidores****. A identidade caracteriza a reprodução, a semelhança caracteriza a imitação. Embora não sejam raros os pedidos de registro de marcas idênticas a outras já registradas para os mesmos ou para produtos semelhantes, os casos de imitação são mais freqüentes. O delito de reprodução, entretanto, raramente se verifica na prática, sendo muito mais comum o de imitação. O contrafator sempre procura artifícios que encubram ou disfarcem o ato delituoso. Não copia servilmente a marca alheia, empregando marca semelhante, que com ela se confunda, a fim de iludir o consumidor.*" (grifo nosso).

A requerente é um sujeito de direito que dispensa apresentação quanto à sua atuação no mercado de geleias, sendo identificada pelo público consumidor pela embalagem diferenciada que utiliza há quase 30 anos, de forma tridimensional quadrangular, fundo redondo e bocal circular amplo, características que contribuíram para consolidação da imagem-retrato que, no contexto da propriedade industrial, recebe a sugestiva denominação de *Trade Dress*, como esposado.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Não importa que o interior da embalagem da requerida ou alguns detalhes sejam diferentes, porque o ideal da LPI é coibir semelhanças que possam dar margem à confusão ou ao aproveitamento parasitário, o que fica patente no caso concreto:

É importante enfatizar que a forma visual do vidro utilizado por empresas que comercializam esse gênero alimentício não é mais um elemento neutro no *marketing* próprio da mercadoria, constituindo, sim, um diferenciador, e, embora não se vá ao ponto de dizer que a moldura diferencia um quadro a óleo, nos potes de geleia o formato distingue o produto, integrando um todo (*trade drass*), como na embalagem da autora e de outras fabricantes de geleias conceituadas, a exemplo do caso da *St, Dalfour*, uma geleia de preferência do consumidor e de invólucro bem diferenciado. Imitação da embalagem é deslealdade e busca tirar proveito da notoriedade, com clara intenção de desviar o cliente desatento e que compra um pote supondo estar adquirido o outro cuja imagem penetrou no consciente.

O jurista português CARLOS OLAVO explicou a natureza da proteção do *trade dress* ("Desenhos e modelos: evolução legislativa", in *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2003, vol. III. P. 66):

"Chama-se trade dress ao aspecto exterior característico de um produto, isto é, ao aspecto visual como ele é apresentado ao público. Esse aspecto exterior pode ser protegido através do registo como modelo ou desenho, se para tanto reunir os correspondentes requisitos. Mas, se não gozar da protecção do inerente direito privativo, nem por isso pode ser livremente imitado. É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, nacionais e estrangeiras, que a imitação, por um agente econômico, dos invólucros característicos dos produtos fabricados ou comercializados por um concorrente, constitui concorrência desleal. Trata-se, com efeito, do parasitismo da imagem comercial de um concorrente, em termos

Acesso ao Sumário

de poder criar confusão no espírito do público, o qual compara a imagem de um produto com a memória que tem da imagem do outro”.

Importante consignar que o conjunto de imagens corporifica e exterioriza a marca de serviços e produtos, sendo que a imitação constitui caso típico de concorrência desleal, conforme anotado por DENIS BORGES BARBOSA e PATRÍCIA PORTO (“Da proteção do Trade Dress com ou sem direitos exclusivos”, in *A propriedade intelectual no século XXI*, Lumen Júris, 2009, p. 171):

“Na verdade, a violação do trade dress do produto de um competidor configura concorrência desleal, mesmo que seus elementos característicos estejam separadamente protegidos por direitos de propriedade intelectual. Isto pode ocorrer, quando comprovado que a finalidade do ato do competidor é a de desviar a clientela alheia e se aproveitar da reputação do concorrente através da utilização de atos confusórios, utilizando como meio para esta finalidade a imitação da marca, do desenho industrial, dos direitos autorais, enfim, do trade dress do produto do competidor, mesmo que as partes deste conjunto estejam separadamente protegidas por direitos de propriedade intelectual”. Exatamente este o caso dos autos.

Em minucioso estudo (O Trade Dress e a proteção da identidade visual de produtos e serviços, Revista da ABPI, n. 112) GUSTAVO PIVA DE ANDRADE lembra que a proteção alcança a impressão visual dos estabelecimentos e cita caso de fachada de postos de gasolina como bom exemplo da intervenção judicial, anotando (p. 22):

“Para exercer direitos sobre o conjunto-imagem de um estabelecimento no Brasil, portanto, o empresário tem de comprovar (i) que o seu trade dress é distintivo e (ii) que a imitação que se pretende combater é suscetível de gerar confusão ou errônea associação perante o mercado. E embora o titular possa se basear em todos os instrumentos legais de proteção descritos no capítulo 3, a concorrência desleal é, sem sombra de dúvida, a mais importante ferramenta a ser utilizada”.

Na defesa da marca e do próprio produto, a empresa cuida de combater os concorrentes que, por vezes de forma escancarada e outras com disfarces que dão chances para justificativas inexplicáveis, aproveitam-se do sucesso e investimento alheios. Não se nega que a requerida também ocupa lugar de destaque na venda de produtos de qualidade, mas o uso das novas embalagens, absolutamente semelhantes às usadas pela autora, gera uma incerteza e instabilidade no mercado, como provam as imagens encartadas às fls. 347/348, dentre outras. A convivência que decorreria da liberdade para agir, segundo a Professora Maitê, não é vantajosa para a indústria e sequer poderá ser eleita como benfazeja para o consumidor, porquanto o novo recipiente utilizado pela

Acesso ao Sumário

ré, surgido ou não do poder criativo de Nadir Figueiredo, ingressou no mercado arranhando a tradição mercadológica consolidada pela dedicação da autora para criar, na mente de quem consome geleia, dificuldade para distinguir produtos diferentes.

A quem interessa a semelhança? A resposta obriga lançar todas as vertentes da interpretação para o proceder da recorrente que, de um instante para outro, mudou sua estratégia de *marketing* e avançou em direção ao patrimônio da autora, que é protegido pela Lei nº 9.279/96. O juiz deve formar sua convicção diante da certeza de que a novidade introduzida pela recorrente poderá confundir um consumidor considerado médio para fins de compreensão dos produtos e principalmente na potencialidade de utilização da semelhança para fins publicitários (TULLIO ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 163). A ordem de abstenção é a solução sensata e que atende aos interesses mais significativos e valorosos, sendo que o pouco tempo de utilidade do recipiente cópia do concorrente permitirá que a ré escolha outro bem diverso, sem que isso prejudique a continuidade de seus planos comerciais.

A Lei nº 9.279/96 permite a defesa da propriedade industrial e a ação da requerente foi exercida, com razão e nos limites do exercício regular de direito, sendo correto o julgamento do mérito para acolher o pedido inicial.

Neste sentido já se manifestou este E. Tribunal:

"POSTO DE COMBUSTÍVEL. USO INDEVIDO DE TRADE DRESS. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DANOS MATERIAIS. O réu-apelado utilizou testeira nas cores verde e amarela, com uma fixa branca no meio, em medidas semelhantes às empregadas pelos postos vinculados à autora-apelante. Cartaz com a marca 'BR' estrategicamente posicionado. Placa com o valor do litro da gasolina e do álcool, na qual constavam os dizeres 'De olho no produto', cartaz muito similar ao da recorrente, o qual anuncia os preços e também o programa de qualidade 'De olho no combustível'. Uso ilícito de elementos característicos do trade dress da apelante. Concorrência desleal específica. Artigo 195, inciso III, da Lei nº 9.279/1996. O recorrido deverá pagar à recorrente indenização por danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes), em valor a ser apurado na fase de liquidação. Recurso provido, com alteração do ônus da sucumbência". (Apelação nº 6528764100. Relator: Roberto Maia. DJ de 10.4.2014).

"Apelação. Ação de obrigação de não fazer c/c perdas e danos. Concorrência desleal. Uso indevido de elementos visuais que compõe o 'trade dress' da Apelada. Conduta que traduz concorrência desleal, por possibilitar confusão ao consumidor quanto à origem do produto fornecido. Sentença de procedência mantida, da qual não constou condenação por dano moral, a

Acesso ao Sumário

tornar desnecessária análise da insurgência recursal a respeito. Recurso não provido". (Apelação nº 01313163220068260001. Relator: João Pazine Neto. DJ de 30.4.2013).

No que se refere à alegação de impossibilidade de cumprimento da determinação de retirada dos produtos do mercado, é de se consignar que o prazo de 30 dias deferido pela sentença é razoável para que se efetivem as providências necessárias para cumprimento da ordem, fazendo cessar a afronta ao direito marcário da autora. Ademais, a empresa assumiu o risco de veicular a venda dos produtos em invólucro extremamente semelhante ao que vem sendo usado pela apelada há quase 3 décadas, motivo pelo qual não se pode falar em desconhecimento ou medida excessiva/danosa à imagem da ré, até porque, o embate é travado com duas concorrentes diretas e que desenvolvem exatamente a mesma atividade.

Fica mantida, ainda, a condenação por danos patrimoniais. Isto porque a requerente apresentou planilhas e gráficos que atestariam a queda nas vendas das geleias *"QUEENSBERRY"* depois que a requerida passou a usar a embalagem semelhante. Os dados, conforme bem elucidado da sentença, serão apurados em liquidação.

A semelhança dos objetos e a possibilidade confusão dos consumidores ficaram amplamente demonstradas, de modo que rechaçadas as teses da apelante.

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004287-78.2010.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado FÁTIMA GUILHERMINA CABRERA DE SOUZA BELLATO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante SANTANDER SEGUROS S/A.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos por M.V. Redigirá o acórdão o Revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.311)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KIOITSI CHICUTA, vencedor, RUY COPPOLA (Presidente), vencido, e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

KIOITSI CHICUTA, Relator Designado

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: Seguro de vida em grupo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Procedência parcial. Segurada vítima de acidente doméstico. Ruptura completa do manguito rotador. Moléstia que, dada sua idade (nascida aos 04/01/1955) e a atividade anteriormente exercida, não permitem a reintegração profissional da autora. Processo irreversível que obriga a retirada da segurada do mercado de trabalho. Indenização devida. Evento que encontra cobertura apenas em uma das apólices contratadas e na qual faz referência à "Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente". Episódio externo súbito, involuntário e violento que não se encarta no conceito de doença. Danos morais. Verba indevida. Mero descumprimento contratual. Ausência de ofensa ao direito de personalidade. Provimento parcial dos recursos.

Havendo demonstração suficiente de que a moléstia constatada na autora, decorrente de acidente, acarreta invalidez total e permanente para o trabalho ao qual se habilitou, faz ela jus á indenização correspondente. O quadro apresentado é irreversível e obriga a retirada da segurada do mercado de trabalho. No caso, a invalidez tem origem em acidente doméstico, caracterizado como evento externo súbito, involuntário e violento, que não se inclui no conceito de doença. Bem por isso, o evento encontra cobertura apenas em uma das apólices contratadas e na qual faz referência à "Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente" e não àquela referente a doença.

O constrangimento e o aborrecimento pelos quais passou a segurada são meras consequências de inadimplemento contratual. Para que a indenização por dano moral seja devida é mister que o indivíduo tenha sido submetido à situação humilhante ou de sofrimento que fuja à normalidade, fatos não comprovados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adota-se o relatório constante de fls. 332/333 do eminente Relator Sorteado e, respeitado convencimento adverso, não há razão para alteração do

convencimento judicial externado quanto ao reconhecimento de incapacidade total e permanente da autora, embora enquadrado o sinistro em contrato diverso daquele reconhecido pelo MM. Juiz de Direito.

Consoante se depreende, a autora contratou duas apólices de seguro junto à ré, sendo uma com cobertura para "**invalidez permanente total ou parcial por acidente**", com capital segurado de R$300.000,00 (fls. 15/16), e outra com cobertura para "**invalidez funcional permanente total por doença**", no valor de R$ 58.785,00 (fls. 17/18).

Nos termos do item 3.3.2 das condições gerais do contrato, a cobertura por invalidez permanente total ou parcial por acidente "garante ao segurado o recebimento proporcional ou integral do capital segurado contratado para esta garantia e definido no certificado individual, após conclusão do tratamento, ou esgotados os recursos terapêuticos disponíveis para recuperação, constatada e avaliada a invalidez permanente quando da alta médica definitiva, em virtude de lesão física causada por acidente pessoal, exceto se o acidente for decorrente dos riscos excluídos, nas hipóteses e nos graus estabelecidos na tabela abaixo" (fls. 101).

Por sua vez, o item 3.3.4 do mesmo documento estabelece que a cobertura de invalidez funcional permanente por doença garante ao segurado "a antecipação do capital segurado para a garantia morte definida no certificado individual, em caso de invalidez consequente de doença que resulte na invalidez funcional permanente, comprovada através de quadro clínico incapacitante de forma irreversível o pleno exercício das relações autonômicas, exceto se a doença for decorrente dos riscos excluídos, observadas as demais cláusulas destas condições gerais" (fls. 106).

Em sua petição inicial, narra a autora que, em 04/12/2008, "escorregou no banheiro de sua residência, batendo a cabeça na banheira e caindo em cima do ombro direito", e que "referido acidente lhe resultou na ruptura completa das fibras do tendão do supra-espinhoso do manguito", o que lhe impede de exercer sua profissão de dentista.

A respeitável sentença recorrida julgou procedente o pedido apenas no que se refere à segunda apólice, que prevê cobertura para invalidez permanente total por doença.

Todavia, a alegada invalidez da autora decorreu de um acidente doméstico, caracterizado como um evento externo súbito, involuntário e violento que, obviamente não se inclui no conceito de doença, que pressupõe a existência de lesões desencadeadas lentamente por condições adversas que influenciam no organismo do segurado, tais quais aquelas resultantes dos quadros clínicos indicados no item 3.3.4.1 das condições gerais da apólice (cf. fls. 106).

Nesse aspecto, o experto, em bem elaborado laudo, anotou que "a

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Pericianda apresenta lesão no manguito rotador com ruptura completa do tendão do músculo supraespinhoso do ombro direito, de etiologia traumática. A lesão do tendão do supraespinhoso acarreta dificuldade para levantar o braço à altura da cabeça, para pegar um objeto muito ou pouco pesado (fraqueza e dor); para pentear o cabelo, abotoar o sutiã ou coçar as costas, ou seja, dificuldade de realizar qualquer movimento em que seja necessário rodar o braço e/ou levantá-lo acima da cabeça. Na atividade habitual da Autora, em muitas circunstâncias, o braço direito deve permanecer abduzido e, assim sendo, no momento do exame pericial, tal condição a incapacita para realizar sua profissão. A lesão do manguito rotador pode ser tratada cirurgicamente." (fls. 193/194).

Não é apenas o grau de incapacidade física que deve ser aferido, mas também da incapacidade para o trabalho para o qual se dedica a autora quase sexagenária, ou seja, o que se deve interpretar é a capacidade funcional de executar trabalhos remunerados a que se habilitou. Nem há que se falar que a lesão é passível de tratamento cirúrgico, mesmo porque o próprio experto não consigna certeza na cura, havendo sérias dúvidas de recuperação dos movimentos para mulher que está prestes a ser considerada idosa.

O processo em que se encontra é irreversível e obriga a retirada da segurada do mercado de trabalho, não vingando assertiva de que a incapacidade é apenas parcial. Nesse aspecto, consoante destacado no julgamento de Apelação nº 785.735-0/8, Relator o Des. Walter Zeni, "a exigência da seguradora - invalidez a total e qualquer atividade laborativa - não se coaduna com os princípios de boa fé, posto que o seguro contratado cobre a atividade onde o segurado se viu incapacitado para exercê-la, não outra qualquer, já que não se pode dele exigir que se readapte, nesta altura da vida, para desempenhar nova atividade laborativa".

Bem por isso, faz jus a autora à indenização pelo dano coberto pelo contrato de seguro, representado pela apólice acostada às fls. 15/16, e que oferta cobertura para o caso de "INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL OU PARCIAL POR ACIDENTE", com capital segurado de R$ 300.000,00. Consoante já consignado, a invalidez da autora decorreu de um acidente doméstico, caracterizado como um evento externo súbito, involuntário e violento.

Por outro lado, quanto aos danos morais, bem se vê que os fatos vivenciados pela autora são consequências e não causas da recusa da seguradora em pagar a indenização perseguida. Nesse pormenor, a jurisprudência já se pacificou que o inadimplemento do contrato gera frustração e aborrecimento, mas não dá ensejo a indenização por ausência de ofensa ao direito de personalidade (cf. Recurso Especial 876.527, relator o Ministro João Otávio de Noronha, Apelações ns. .281.934 e 992.05.071492, relatores os Desembargadores Ruy Coppola e Walter Cesar Incontri Exner).

Acesso ao Sumário

O dano moral, consoante anota Antonio Jeová dos Santos, "somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano exige determinada envergadura". (Dano Moral Indenizável, pág. 113). Ausente demonstração de ofensa anormal à personalidade da autora, nada é devido a esse título.

Assim, aos recursos se dá provimento parcial para condenar a ré a pagar indenização de R$ 300.000,00, prometida em contrato de seguro de invalidez total permanente decorrente de acidente, corrigida desde a recusa e com juros de mora a partir da citação. Há sucumbência recíproca e em igual intensidade, e as custas e despesas devem ser repartidas em igual proporção, arcando cada qual com os honorários dos respectivos advogados.

Isto posto, dá-se provimento parcial aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0146338-56.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SILCRED CADASTRAMENTO E ENCAMINHAMENTOS S/C LTDA., é apelado CIFRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8805)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente), MOURÃO NETO e DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

Acesso ao Sumário

E MORAIS JULGADA IMPROCEDENTE - Requerimento de concessão do benefício da justiça gratuita em apelação - Documentos que demonstram a impossibilidade de a apelante arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo do desenvolvimento de sua atividade empresarial - Benefício concedido - Recurso conhecido independentemente de preparo.

COBRANÇA - Comissões pela prestação do serviço de correspondente bancário - Indevida recusa ao pagamento sob a alegação de que houve falha na prestação do serviço (suposta fraude nos documentos fornecidos pelos pretensos mutuários e negligência da contratada na conferência de tais documentos) - Negligência não demonstrada - Fraude praticada por terceiros e que não poderia ser percebida pela contratada que, inclusive, foi diligente ao investigar o golpe e adotar providências tendentes a recuperar o crédito em favor da contratante - Risco da inadimplência que é inerente à atividade desenvolvida pela contratante e não pode ser transferido à contratada - Comissões que, de qualquer forma, são devidas em função dos serviços prestados até a data da rescisão do contrato - Eventual descumprimento da avença pela contratada a ser apenado com a multa contratual e não com a retenção dos valores devidos a título de comissões - Cálculo do valor das comissões pela contratada que ora se acolhe, ante a ausência de impugnação específica pela apelada - Sentença reformada nessa parte.

PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Não acolhimento - Ausência de prova de que a ausência do pagamento das comissões seja a causa adequada para a má situação financeira da apelante e o abalo de crédito no mercado - Resilição unilateral e imotivada do contrato permitida, independentemente de indenização à outra parte - Sentença mantida nessa parte - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança c.c. indenização por danos materiais e morais ajuizada por Silcred Cadastramento e Encaminhamentos S/C LTDA. em face de CIFRA S/A Crédito, Financiamento e Investimento.

A ação foi julgada improcedente (sentença de fls. 372/373).

Inconformada, a autora apelou (fls. 375/394). Preliminarmente, requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita. No mérito recursal, sustentou que prestava serviços à apelada, consistentes na captação de pessoas interessadas na concessão de financiamento, coleta de documentos e formulação de cadastros. Os cadastros eram repassados à apelada, única parte que possuía poderes para aprovar ou não os pedidos de financiamento. A remuneração da apelante dava-se por meio de comissões pagas quinzenalmente. A rescisão deu-se sem justa causa, conforme se observa na própria notificação de fls. 92, encaminhada pela apelada. Com a rescisão, ficaram pendentes de pagamento as comissões relativas aos meses de agosto a novembro de 2004. A própria apelada afirmou, na mencionada notificação, que pagaria as comissões pendentes, mas a promessa não foi cumprida. Ao contrário do que consta da r. sentença, não deu causa à rescisão do contrato. Se houve falha, deve ser atribuída à empresa "Motozema", concessionária de veículos que prestava o serviço de captação de clientes e de coleta de documentos de pessoas interessadas em obtenção de crédito. Somente em contratos intermediados pela Motozema houve problemas com inadimplência, sendo que ela, apelante, auxiliou a apelada a resolver os problemas. Outrossim, dos sete contratos inadimplidos, seis foram quitados e apenas um demandou cobrança via judicial, cujo desfecho não foi informado pela apelada. Não pode ser punida por esses problemas de inadimplência a que não deu causa e que, ademais, já foram solucionados. O depoimento da testemunha Marco, arrolada pela apelada, deve ser desconsiderado, pois era gerente da apelada há vinte anos à época do depoimento. Logo, possuía interesse no desfecho da lide. Pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença e julgada procedente a ação para se condenar a apelada no pagamento dos valores correspondentes às comissões pendentes, bem como à indenização pelos danos materiais e morais.

Em resposta (fls. 399/405), a apelada basicamente sustentou o acerto da decisão recorrida e pediu que fosse negado provimento ao recurso.

Recurso processado independentemente de preparo, relegada a análise do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita a este tribunal.

É a síntese necessária.

Primeiramente, cumpre anotar que os documentos juntados pela apelante a fls. 384/394 comprovam a alegada impossibilidade dela arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo do desenvolvimento regular de suas

Acesso ao Sumário

atividades, uma vez que não auferiu lucro no exercício anterior à interposição do recurso. Dessa forma, concede-se o benefício da justiça gratuita e conhece-se do apelo independentemente de preparo.

Não obstante o relatório já apresentado, faz-se necessária nova, porém, breve, menção aos fatos, bem como aos argumentos deduzidos pelas partes.

A apelante celebrou contrato de prestação de serviços com a apelada, pelo qual a primeira atuava como correspondente bancária, ou seja, captava pessoas interessadas em obter crédito junto à última. A apelante era responsável pela conferência da documentação apresentada pelos eventuais interessados e por encaminhar tais documentos à apelada. De posse dos documentos, a apelada então deliberava sobre a liberação do crédito (vide contrato de fls. 38/55).

Na petição inicial, a apelante afirmou que, em 17 de outubro de 2004, recebeu a notificação de fls. 92, por meio da qual a apelada dava por resilido unilateralmente o contrato, mediante o cumprimento do aviso prévio de trinta dias. A apelante então solicitou o pagamento das comissões devidas até a data da resilição, mas a apelada recusou-se a tanto, sob a alegação de que houvera fraudes em documentos apresentados por pretendentes a financiamentos à concessionária de motocicletas Motozema, parceira da apelante. Tais fraudes possibilitaram que pessoas teoricamente inaptas ao financiamento conseguissem a aprovação de seus pedidos, o que fez com que o índice de inadimplência atingisse patamares inaceitáveis.

Segundo a apelada, a apelante teria sido negligente na conferência da documentação encaminhada, o que violaria a cláusula quinta, parágrafo primeiro, do contrato (fls. 43). O parágrafo primeiro da cláusula décima quinta previa que, em caso de infrações às cláusulas do contrato, incidiria multa de até 10% sobre os doze últimos faturamentos mensais da parte faltosa. Tal multa seria superior ao valor das comissões, pelo que, por liberalidade, optou por deixar de pagar as comissões em vez de cobrar a multa.

A apelante, então, ajuizou a presente ação sob a alegação de que não houve negligência de sua parte na conferência dos documentos pois, em princípio, não havia indícios de fraude. Ademais, ela própria, apelante, auxiliou a apelada a desvendar a fraude e recuperar as motocicletas que garantiam os contratos.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, sustenta que são devidas as comissões pelas vendas realizadas até a resilição do contrato, bem como que faz jus à indenização por danos materiais e morais decorrentes da falta de pagamento das comissões no momento oportuno, pois ficou impossibilitada de pagar fornecedores e empregados e teve negativações em seu nome em cadastros de inadimplentes.

O d. magistrado sentenciante acolheu a tese da apelada, entendendo que a apelante seria mesmo responsável pela fraude e que era justificável o não pagamento das comissões, tendo em conta que a multa pelo descumprimento do

contrato seria potencialmente superior.

Respeitado o entendimento externado na sentença, a solução não deve prevalecer.

Não há indícios mínimos da existência de conluio entre a apelante e a concessionária de motos Motozema na confecção das fraudes.

Primeiramente, as testemunhas arroladas pela apelante foram unânimes em afirmar que os sócios dela perderam a maior parte de seus patrimônios e tiveram de encerrar as atividades da empresa após os problemas. Segundo porque a apelante, após tomar conhecimento da fraude, tomou providências no sentido de coibi-la. Apresentou boletim de ocorrência no qual se refere à Motozema. No inquérito, foram ouvidos alguns dos clientes que obtiveram financiamentos mediante fraude. Tais clientes deram conta de conduta deletéria exclusiva da Motozema, consistente na cobrança de quantia em dinheiro por um de seus prepostos para "facilitar" o cadastro.

De resto, o depoimento da testemunha arrolada pela apelada (fls. 351/351-verso) fez ver que a maioria dos casos de financiamentos inadimplidos foram resolvidos, quer com a retomada dos pagamentos pelos devedores, quer porque as motocicletas foram recuperadas. Tal testemunha confirmou também que as diligências investigativas foram sempre acompanhadas da presença de um funcionário da apelante, o que indica diligência - não negligência - de parte da empresa.

Afastado o *consilium fraudis*, também não se vislumbra negligência da apelante na conferência dos documentos oriundos da concessionária Motozema, pois tênues os indícios de fraude apontados pela apelada. Especificamente, a carta de fls. 198/200, enviada pela apelada à apelante, fez menção a sete operações nas quais os pretendentes supostamente trabalhavam em uma mesma empresa, mas na verdade apenas dois lá trabalhavam efetivamente. De qualquer forma, a testemunha arrolada pela apelante (cujo depoimento encontra-se a fls. 333 dos autos) esclareceu que, por se tratar de cidade com apenas quinze mil habitantes e com uma única grande empresa, de nome Usina Delta, tal fato não causaria estranheza. Da mesma forma, o fato de várias pessoas informarem um mesmo número de telefone de contato é comum em localidades onde há poucos aparelhos fixos. Tais esclarecimentos são razoáveis, inclusive sob a ótica do artigo 113 do Código Civil.[1]

Quanto aos demais indícios mencionados (composição da renda mensal dos pretendentes aos financiamentos com horas extras, renda informada na ficha cadastral diversa da constante dos holerites, dúvida se a renda seria por produção ou fixa, comprovantes de residências desatualizados), trata-se de formalidades

1 *Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

que não obstariam a concessão dos financiamentos. A esse respeito, cumpre lembrar que a responsabilidade pela análise do risco do crédito e a deliberação sobre a concessão ou não dos financiamentos cabia à própria apelada, de modo que somente esta podia avaliar se as rendas efetivamente comprovadas justificavam ou não a concessão dos créditos.

Dessa forma, há mais elementos no sentido de que a conduta da apelante foi diligente e de boa-fé (tomada de providências contra a real fraudadora e realização de diligências no intuito de recuperar o crédito em favor da apelada) do que o contrário. A prova dos autos dá conta de que, na verdade, a apelante também foi vítima da fraude.

De qualquer forma, cumpre anotar que não era lícito à apelada julgar por conta própria ser credora da multa contratual e que esta superaria o valor das comissões devidas até a resilição do contrato. Na mesma linha, descabida a compensação de débitos e créditos imposta unilateralmente pela apelada, como o fez. Se ela entendia ser credora da multa, que buscasse a cobrança, sem no entanto se furtar ao pagamentos das comissões pelos trabalhos efetivamente realizados pela apelante. Mesmo porque, não há elementos nos autos que indiquem que o valor da multa seria superior ao valor das comissões pendentes.

Não bastasse, a própria notificação sobre a resilição do contrato foi imotivada e nela ficou ressalvado que *"o pagamento de eventuais haveres em decorrência das operações realizadas até a data da rescisão será creditada em V. conta corrente de acordo com o cronograma de pagamento de comissões mensais"* (fls. 92), pelo que a posterior recusa ao pagamento das ditas comissões viola o princípio da boa-fé objetiva, consubstanciado no bocardo *"venire contra factum proprium non potest"*.

Em verdade, o que se verifica é que a apelada pretende transferir à apelante o risco pela inadimplência dos contratos. Isso não se pode admitir, por se tratar de risco inerente à sua atividade. Nesse contexto, deve ser acolhido o pedido de condenação da apelada no pagamento das comissões pendentes até a data da resilição.

Quanto ao valor das comissões, devem ser acolhidos os cálculos apresentados pela apelante na petição inicial, posto que não impugnados especificadamente pela apelada em contestação.

Desse modo, condena-se a apelada no pagamento da quantia de R$ 20.922,07, corrigida pelo índice adotado pela tabela prática deste Tribunal e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde as datas em que os pagamentos deveriam ter sido realizados, conforme tabela de fls. 11 dos autos.

Agora, a parte desacolhida do recurso. O pedido de indenização por danos materiais e morais não vinga.

Não se ignora que a ausência do pagamento das comissões na época devida

Acesso ao Sumário

teoricamente poderia gerar danos materiais e morais à apelante. Entretanto, na espécie, verifica-se que a apelante manteve-se em difícil situação financeira por alguns anos após a ruptura do contrato. Isso indica que os problemas da apelante decorreram do rompimento da parceria e não do inadimplemento das comissões devidas nos meses anteriores à resilição. Na verdade, pelo que se infere, o planejamento da apelante é que não foi dos melhores, o que permitiu que se criasse uma situação de dependência demasiada em relação à apelada, já que não existiam outros parceiros que permitissem a continuidade de suas atividades. Pois bem. O desfazimento unilateral do contrato não era ilícito, pelo que não tem o condão de fazer surgir dano passível de reparação.

A cláusula décima sétima do contrato celebrado (fls. 50) autorizava a resilição unilateral imotivada por qualquer das partes, condicionada apenas ao cumprimento de aviso prévio de trinta dias, sem direito a indenização à outra contratante. A notificação foi feita e o aviso prévio foi cumprido pela apelada. Logo, mesmo não caracterizada a má prestação do serviço pela apelante, seria lícito de qualquer forma à apelada resilir o contrato, observadas essas condições.

Não bastasse, a apelante também deixou de fazer prova de que sua situação anterior seria mais favorável.

Em suma, por qualquer ângulo que se observa a questão, a prova dos autos é insuficiente para estabelecer o nexo de causalidade entre os supostos danos materiais e morais e o ato ilícito praticado pela apelada (ausência de pagamento das comissões). Pode ter havido reflexos indiretos decorrentes da conduta da apelada, mas não é possível inferir se tal conduta foi de fato determinante para a ocorrência do dano, sob o prisma da causalidade adequada.

O corolário, pois, é a manutenção da r. sentença na parte em que deixou de acolher o pedido de indenização pelos danos materiais e morais.

Em decorrência do desfecho que ora se dá à causa, reconhece- se a sucumbência recíproca. Assim, cada parte arcará com as custas que despendeu, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos procuradores. A apelante está isenta do pagamento das verbas que lhes couberem, salvo se cessados, no quinquênio, os motivos que deram ensejo à concessão da gratuidade da justiça a ela.

Nestes moldes, **dá-se provimento parcial ao recurso para o fim de ser parcialmente acolhido o pedido, com a condenação da apelada no pagamento da quantia de R$ 20.922,07. Os valores serão corrigidos pela tabela prática deste Tribunal e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde as datas em que os pagamentos deveriam ter sido realizados, conforme tabela de fls. 11 dos autos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016115-88.2003.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TARGET AVIAÇÃO LTDA., é apelado PEDRO MUFFATO CIA. LTDA..

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, deram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.919)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente) e MOURÃO NETO.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: NULIDADE DE SENTENÇA - Questão relativa à fixação de pontos controvertidos - Aspecto que, para o juiz, não preclui - Ausência de efetivo prejuízo, ante a solução a ser dada à lide - Argumento rejeitado.

CERCEAMENTO DE DEFESA - Não ocorrência - Solução da lide a depender, exclusivamente, da análise das provas produzidas.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Manutenção e reparos em aeronave - Prova efetiva de sua ocorrência - Ausência de impugnação da apelada, que demonstrou anuência tácita com a prorrogação dos trabalhos - Valor reclamado devido - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 637/639, de relatório adotado, julgou improcedente ação de cobrança relacionada à prestação de serviços, movida pela apelante à apelada - honorários advocatícios de R$ 5.000,00.

Diz-se ocorrente nulidade, porque o Juízo havia fixado os pontos controvertidos na decisão saneadora e, de forma contrária, acabou por entender, depois, que a controvérsia não gira em torno do pagamento ou não dos serviços, mas da necessidade de sua autorização - situação que não foi arguida pela apelada na defesa. Insiste que houve cerceamento de defesa - se o Juízo entendeu que a origem da controvérsia seria diversa, havia de dar prévio conhecimento

às partes e permitir que outras provas fossem produzidas. Sustenta que, por força de contrato, os serviços então pactuados foram realizados e pagos, mas surgiram discrepâncias na aeronave que exigiram continuidade dos trabalhos - o avião permaneceu cinco meses paralisado para reparos e não apenas os 14 dias inicialmente previstos. Houve necessidade de que a manutenção fosse estendida, certo que a apuração dos valores só foi possível de aferição depois da inspeção inicial - sem reclamação da apelada sobre demora nos trabalhos - e com sua autorização, porque, do contrário, teria retirado a aeronave das dependências muito antes. Afirma que nada foi cobrado a título de custos de hangar, o que aponta para confirmação dos argumentos. O valor somente pode ser apurado a final e nada impede que seja feita cobrança daquilo efetivamente feito, sob pena de se chancelar enriquecimento sem causa da apelada (fls. 643/668).

Não veio resposta (fls. 673).

É o relatório.

2. O argumento sobre nulidade da sentença deve ser analisado no contexto dos autos. A decisão saneadora de fl. 469 (onde firmados os pontos controvertidos) anotou, de forma algo equivocada, que "a autora sustenta existir débito atinente a prestação de serviço contratada pela requerida, ao passo que esta nega esse prestação de serviço acrescida ao contrato original" (sic) - quando, em boa verdade, a defesa disso não cuidou - afirmou que o pagamento pelos serviços ocorreu. Sabe-se que pontos controvertidos são aqueles afirmados pelo autor, na petição inicial, e expressamente contestados pelo réu (v. CPC, artigos 302 e 331, § 2º).

De toda sorte, conforme se verá, não é caso de anulação da sentença, pelo motivo apontado - aqui, é hipótese de aplicar princípios da economia e celeridade processuais, aproveitados os atos praticados e analisadas as provas produzidas; mesmo porque, o entendimento é o oposto do da sentença. Não há preclusão para o juiz a respeito das questões relevantes de mérito e, além disso, só é possível acolher nulidade com demonstração de prejuízo - e disso, aqui, não ocorrerá. Em síntese, o exame dos pontos controvertidos está abarcado no efeito devolutivo da apelação (artigo 515, **caput**, do CPC) e eventual vício será a seguir sanado.

Não se cerceou defesa - dispensáveis outras provas (pericial e oral). Os fatos, quais documentalmente postos (além dos limites em que estabelecida a lide), denotaram da falta de proveito de produção doutras provas, sob pena de protelação. Aqui, incide o artigo 130 do CPC. Lembre-se de que a prova se destina ao juiz, não às partes. A questão tornou-se, diante da evidência documental, de direito, a impor decisão correlata - sem mais demora. Por outro lado, o juiz haverá de impedir exerçam as partes atividade probatória inútil ou protelatória.

Acesso ao Sumário

De resto, as partes tiveram ampla possibilidade de debater a questão. A matéria é exclusiva de direito e requer, para sua apreciação, apenas análise do que produzido. Possível, assim, se passe ao imediato julgamento do mérito.

Recurso fundado. A apelante sustenta ter prestado serviços de manutenção e reparo na aeronave prefixo PT-WEW, de propriedade da apelada. Houve fiscalização pelo órgão competente (Departamento de Aviação Civil - DAC) e consequente homologação - sobrevindo emissão de duplicatas, mas o custo final não foi quitado.

A contestação (fls. 341/350) limitou-se a argumentar, em linhas gerais, que o preço convencionado foi pago integralmente. Sustentou que a relação das partes fundou-se em contrato e que não houve descumprimento de obrigações.

Se é fato que a apelante deixou de esclarecer, na inicial, a celebração do contrato de fls. 365/372 e o pagamento realizado (fls. 375), isso, por si, não autorizava desacolher o pedido. Sabe-se que, pelo artigo 427 do Código Civil, a proposta de contrato obriga o proponente, mas, nas circunstâncias, há elementos para aplicar a parte final de aludido artigo (...“se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso”).

Na avença de fls. 367 constou que o prazo para execução dos serviços “incluídos neste contrato” seria de quatorze dias (cf. cláusula II - PRAZO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS), mas não há impugnação ao argumento de que o avião permaneceu com a apelante por mais de cinco meses. De se convir que não é comum situação dessa espécie. A apelada não provou ter questionado a longa duração dos trabalhos - ou ter previamente notificado a apelante do que se passava, solicitando devolução da aeronave - tudo a apontar que, ainda que tacitamente, concordou com o prosseguimento dos serviços, além daquilo que havia sido inicialmente firmado no contrato. Observe-se tratar de avião fabricado em 1968 - o que, pela experiência comum do que normalmente acontece (artigo 335 do CPC), conduz à segura convicção de que exigiria manutenção e reparos mais demorados e cuidadosos (aliás, sequer há notícia do plano de manutenções programadas a envolver citada aeronave).

Acesso ao Sumário

É fato que há várias cláusulas na avença de fls. 365/372 que indicam para necessidade de prévia autorização da apelada para prestação dos serviços (vide, v.g., parte final dos itens DISCREPÂNCIA, MATERIAIS DE CONSUMO de fl. 366, e parágrafo segundo de fl. 367, DO OBJETO DO CONTRATO) - coisa que a apelante não provou ter ocorrido. Contudo, é forçoso convir que disso a apelada não se insurgiu – a contestação nada alega a respeito, como, igualmente, não alega que a lista de serviços de fls. 28/216 não foi realizada.

Aplica-se, no caso, a expressão “*venire contra factum proprium*”. Vale dizer, deve ser vedado comportamento contraditório - dois posicionamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, mas o primeiro (*factum*

proprium) é contrariado pelo segundo.

Foi o que ocorreu, nas circunstâncias. Durante os cinco meses em que o avião permaneceu na posse da apelante, submetido à manutenção e reparos, a apelada se comportou de determinada maneira, de forma a gerar expectativas naquela de que sua posição permaneceria inalterada (e, por conseguinte, a autorizar prosseguimento dos serviços além daqueles efetivamente contratados na citada avença). Depois, com a entrega da aeronave após longo período, em adequadas condições de funcionamento (é do que se conclui, porque nada existe em sentido contrário), resolveu não pagar o devido.

Por fim, razoável o argumento da apelante no sentido de que não há lei ou cláusula contratual que impeça a cobrança de serviços comprovadamente realizados - além daqueles inicialmente pactuados, sob pena de que seja prestigiado enriquecimento ilícito duma parte em detrimento da outra (artigo 884 do Código Civil).

O julgamento passa a ser, portanto, de procedência do pedido - condenada a apelada a pagar à apelante o valor de R$ 91.643,49, corrigido do ajuizamento da ação (vide letra b) de fls. 04, com juros de mora da citação.

A apelada responderá pela sucumbência (custas, despesas e honorários de 10% do valor atualizado da condenação).

3. Pelo exposto, rejeitadas preliminares, provê-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001106-70.2010.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que são apelantes SEBASTIÃO CLAUDIO GUERRA, VIRGINIA NOTO e BRUNO NOTO, é apelado VALDECIR TAVARES DE MIRANDA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21265)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente sem voto), SIMÕES DE VERGUEIRO e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de reintegração de posse - Imóvel rural - Procedência com base nos efeitos da revelia - Relatividade dos efeitos - Revelia afastada quando confrontada com a prova dos autos - Ajuizamento contra os prepostos dos legítimos proprietários e possuidores do imóvel, que já haviam ajuizado anterior ação de despejo contra o autor, mero arrendatário do imóvel - Ação improcedente, com pena por litigância de má-fé ao autor - Recurso provido.

VOTO

1. Cuida-se de ação de reintegração de posse de imóvel rural ajuizada por VALDECIR TAVARES DE MIRANDA contra SEBASTIÃO CLAUDIO GUERRA, OSMAR FRANCISCO SEVERINO e ISAIAS GLADINO DE TOLEDO, sustentando o autor ser proprietário do imóvel denominado "Fazenda Padre Cícero" situada às margens da Rodovia Presidente Dutra, Km 132, sendo que os requeridos vêm invadindo sua propriedade desde meados de 2009. Citados, os corréus Isaias Galdino de Toledo e Sebastião Claudio Guerra deixaram de apresentar contestação. O autor desistiu da ação quanto ao corréu Osmar Francisco Severino.

2. A r. sentença de fls. 73/74 julgou procedente a ação com base na presunção de veracidade decorrente dos efeitos da revelia, condenando os réus em sucumbência de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

3. Sebastião Claudio Guerra, Virginia Noto e Bruno Noto ingressaram nos autos com recurso de apelação (fls. 91/97), alegando que Sebastião e os demais corréus são apenas funcionários, sendo que a propriedade pertence à Virginia e Bruno, que inclusive já estavam litigando com o autor, mero arrendatário da área em litígio, promovendo-lhe ação de despejo já julgada procedente. Alegam que o autor agiu de má-fé, pois em decorrência daquela outra ação, tinha pleno conhecimento de que os réus eram apenas prepostos dos legítimos proprietários.

4. O recurso foi recebido e respondido. Os autos subiram ao Tribunal.

É o relatório.

5. De início, nem se diga que a apelação é intempestiva, pois foi ela apresentada dentro do prazo de 15 dias contados da intimação pessoal do corréu Sebastião para dar cumprimento à sentença, cujo mandado foi juntado em 11.01.2011 (fls. 84vº).

Acesso ao Sumário

6. No mais, assiste absoluta razão aos apelantes quando alegam a ilegitimidade passiva dos corréus mencionados na inicial, sendo inadmissível que o autor, arrendatário da área, ignorasse tal situação, pois muito antes do

ajuizamento da presente ação possessória em 04.02.2010, já havia ele sido citado (fls. 121) nos autos da ação de despejo ajuizada pelos legítimos proprietários Virginia Noto e Bruno Noto (fls. 104), que adquiriram a propriedade da antiga arrendadora.

7. Nem se diga que o autor desconhecia a qualidade de empregados dos réus, pois tal condição ficou clara por ocasião dos boletins de ocorrência por ele próprio elaborados para servir de prova naquela ação de despejo (fls. 133/136), ocasião em que Sebastião esclareceu à autoridade policial que agia em nome dos proprietários Bruno e Virginia.

8. Por outro lado, a orientação do C. STJ, mesmo constatada revelia, sendo o juiz o destinatário da prova, cumpre-lhe aferir os fatos de acordo com a prova dos autos: "PROCESSUAL CIVIL - REVELIA - EFEITOS: I - CARACTERIZADA A REVELIA, CONTUDO, TAL FATO NÃO OBSTA QUE O RÉU INTERVENHA NO PROCESSO; RECEBENDO-O, PORÉM, NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA (ART. 322, 2ª PARTE, CPC). ESTE SÓ PERDEU, EFETIVAMENTE, O DIREITO DE VER CONSIDERADO O CONTEÚDO DA CONTESTAÇÃO. II - A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR, NESTE CASO, NÃO É ABSOLUTA, MAS RELATIVA, PODENDO CEDER A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS CONSTANTES DOS AUTOS, DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ" (REsp. 86.670/SP - 3ª Turma, REL MIN. WALDEMAR ZVEITER, j. 24.09.96). Também é certo que "a não impugnação dos embargos do devedor não induz os efeitos da revelia, pois que, no processo de execução, diferentemente do processo de conhecimento em que se busca a certeza do direito vindicado, o direito do credor encontra-se consubstanciado no próprio título, que se reveste da presunção de veracidade, até porque já anteriormente comprovado, cabendo, assim, ao embargante-executado o ônus quanto à desconstituição da eficácia do título executivo" (STJ, 6ª T., REsp 601.957, REL. MIN. HAMILTON CARVALHIDO, j. 23.08.2005).

9. Ainda que assim não fosse, o direito à proteção possessória é relativo, ou seja, ainda que o autor tivesse qualquer direito em ralação aos réus, deixar ele de ter qualquer direito quando sua posse é confrontada com a melhor posse dos legítimos proprietários e sucessores da arrendadora, pelo que nenhum efeito prático teria a provimento jurisdicional da presente ação em favor do autor Valdecir, mero arrendatário da propriedade, conforme já reconhecido por sentença na ação de despejo (fls. 272/288), inclusive já confirmada por Acórdão, conforme pesquisa no "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo.

10. Nesse contexto, evidente a má-fé do autor que tinha pleno conhecimento da situação fática, omitindo-a para tirar proveito do processo, pelo que fica condenado ao pagamento de multa de 10% sobre o valor da causa com fundamento no art. 17, II, c.c. o art. 18, § 2º, do CPC, além de sucumbência

Acesso ao Sumário

de custas e honorários advocatícios fixados em 15% também sobre o valor atualizado da causa.

11. Com esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026135-81.2008.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado IMOBILIÁRIA E COMERCIAL PIRUCAIA LTDA., são apelados/apelantes ALECSANDER EUSTÁQUIO GOMES e LECIANE ALMEIDA BARBOSA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso dos réus provido para esse fim, prejudicado o da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente sem voto), MANOEL MATTOS e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Posse. Reintegração. Perda. Abandono da coisa. Novos possuidores que dão novo aproveitamento ao bem antes abandonado. Caracterização de melhor posse. Proteção de um dos elementos da propriedade condicionada ao cumprimento de sua função social. Reintegração de posse julgada improcedente.

Recurso dos réus provido para esse fim, prejudicado o da autora.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada sob o argumento de que a autora é senhora e possuidora do lote indicado na inicial, mantendo-o sob constante vigilância, mas que acabou sendo invadido pelos réus.

Processada a demanda sem liminar e instruída com perícia, sobreveio r. sentença de procedência.

Inconformadas, apelam ambas as partes.

A acionante aduz que as benfeitorias são clandestinas e irregulares,

não podendo ser condenada a indenizá-las. Além disso, clama pela fixação de aluguel enquanto os acionados permanecerem no imóvel.

De seu turno, os réus aduzem que a via processual eleita foi a reintegração de posse, mas o juiz, de ofício, converteu-a em reivindicatória, de natureza real. Ocorre que inaplicável o princípio da fungibilidade entre ações possessórias e petitórias. Ademais, estão na posse mansa, pacífica e ininterrupta do lote há muito tempo, sem que houvesse oposição.

Há contrariedade às fls. 270/284 e os preparos foram recolhidos.

É o relatório, adotado o de fls. 218/219.

Respeitado o convencimento da ilustre magistrada sentenciante, outra a solução que se impõe.

Em seu extraordinário estudo sobre a posse, Tito Fulgêncio anota que o Código Civil de 1916 abraçou a teoria objetiva, formulada por Ihering - o que foi conservado no novo sistema de 2002 - e, nesse proceder, estabeleceu que é a imagem exterior da propriedade e deve ser vista, de forma conjugada, sob as perspectivas da normalidade e da utilização econômica.

Assim, no primeiro aspecto, será normal que se deixe no campo a colheita, enquanto não haja o risco de deterioração ou perda, e não será normal que no mesmo lugar sejam deixadas joias.

Por outro lado, no segundo aspecto, não é relevante, sob o ponto de vista econômico, repete-se, enquanto não houver perda, que se mantenha a colheita no campo. O mesmo, entretanto, não pode ser dito das joias, que constituem riqueza que deve ser zelada e guardada.

Arremata aquele autor[1]:

> *A posse é o exercício do direito de propriedade, é o aspecto normal, no dizer de Ihering, da relação do proprietário com a coisa, é a condição para a utilização econômica da propriedade, que consiste no uti, frui, consummere.*

Tais os elementos que devem ser considerados na análise da prova colhida.

A autora ajuizou a demanda e argumentou que fora violada sua posse porque surpreendida com a invasão do imóvel pelos réus.

Claro que, para tal assertiva, deveria ter como certo que exercia posse efetiva sobre a coisa e a ação dos réus teria o efeito de privá-la de tal exercício.

O contingente probatório, todavia, especialmente as fotografias e a prova testemunhal, revela que a autora não tinha, para com a coisa, o ânimo de dono. Deixou-a tão ao abandono que sobre ela, durante anos, foi edificado um sobrado.

Ora, se assim é, a autora já não dispõe de posse que a habilite à postulação aqui examinada. Perdeu-a para os réus que, hoje, ostentam, sem dúvida, o que

1 Da Posse e das Ações Possessórias. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., vol. 1, p. 12.

Acesso ao Sumário

poderia ser chamado de **melhor posse**.

E não colhem objeções acerca da origem da posse hoje exibida pelos acionados. Desde que se mostrou clara a ocupação, a clandestinidade, se houve, cessou e já não contamina aquela relação jurídica.

Nesse particular, aliás, convém destacar que a destinação do bem ao abandono não se enquadra nas exigências do texto constitucional para a proteção do direito de propriedade, agora examinado sob o aspecto puramente econômico. De fato, ao definir que **é garantido o direito de propriedade**, mas que esta **atenderá a sua função social**, o constituinte subordinou a garantia daquele ao cumprimento deste último requisito. E como tal, por certo, não se poderá admitir a omissão do titular de direitos possessórios que não confere destino algum ao bem, deixando de, com ele, produzir e, consequentemente, de distribuir renda.

Bem a propósito, José Acir Lessa Giordani, em monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense[2], destaca:

> *Na realidade, a função social instituída constitucionalmente visa, simplesmente, a fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina, o que não gera contraposição entre os interesses individuais e coletivos; ao contrário, compatibiliza-os e representa, outrossim, uma harmonização da instituição com os fins legítimos da sociedade. Se o titular do direito se mostra desidioso não utilizando faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este produz ou possui capacidade de produzir, sujeitar-se-á às cominações legalmente estabelecidas para recolocar a propriedade no caminho normal.*

De resto, precedente histórico desta Corte em ação Reivindicatória, tendo como relator o Desembargador José Osório[3], perfilha igual orientação:

> *O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade.*

Mais recentemente, no extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil, em demanda também ajuizada pela autora, o, então, Juiz João Carlos Garcia sustentou a mesma tese:

> *Possessória - Reintegração de posse - Abandono do imóvel de domínio da COHAB-SP, explicitado pelo depósito de lixo e refúgio de drogados - Disfunção social da propriedade - Aquisição, pelos recorridos, da posse do imóvel, no qual edificaram suas moradias, através de ato de apropriação unilateral (CC16, art. 493, I), sendo que as edificações*

2 Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. Rev. dos Trib., vol. 669/47-56.

3 Boletim da AASP n. 1896, p. 137/140.

Acesso ao Sumário

eram visíveis e até mesmo constatada pelos prepostos da recorrente - Inocorrência de violência ou clandestinidade - Ação improcedente - Recurso desprovido[4].

Pode-se objetar que a autora é titular do domínio. Em sede de ação possessória, entretanto, é irrelevante a objeção porque não comporta pretensões que não envolvam exclusivamente a posse, nos termos do que dispõe o art. 923 do Código de Processo Civil.

Daí, o que se deve ter em vista é a posse, como relação fática, e não o direito à posse, como decorrência do título de propriedade, se não há disputa com base na alegação de domínio.

Em suma, não provada a posse da autora, que a perdeu para os réus com o comportamento desidioso sobre a coisa, não merece prevalecer a solução adotada em primeiro grau, preservado, embora, o convencimento da ilustre magistrada sentenciante, motivo do acolhimento do apelo dos acionados para julgar improcedente a ação, invertida a sucumbência.

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso dos réus, prejudicado o da autora.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n° 0223090-64.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MÁRIO HORIKAWA, é apelado RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S/A.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. M.V., VENCIDO EM PARTE O REVISOR, QUE DECLARARÁ VOTO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 6852)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente) e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 27 de maio de 2014.

CLÁUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: CONDENATÓRIA - Indenização por danos materiais e morais - Promoção realizada pela ré denominada "Pilote uma Ferrari na Itália" - Autor

4 Ap. 870.256-9.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

desclassificado sob a alegação de que o telefone sorteado estava em nome de uma pessoa jurídica - Cerceamento de defesa não verificado - Regulamento suficientemente preciso - Mero aborrecimento, sem comprovação do suposto dano moral - Sentença mantida -Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de condenatória promovida por MÁRIO HORIKAWA contra RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S/A (atual denominação de SHELL BRASIL LTDA.), julgada improcedente em primeiro grau. Em razão da sucumbência o autor, foi condenado no pagamento de honorários advocatícios fixados e R$ 500,00, custas e despesas processuais.

O autor interpôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fl. 138).

Irresignado, apela o autor pleiteando a reforma da sentença, para o fim de acolher a preliminar de cerceamento de defesa. Quanto ao mérito, pleiteia seja a ação julgada procedente, com inversão do ônus da sucumbência e fixação de honorários advocatícios em 20% do valor da causa.

Argumenta o autor que fez a inscrição na promoção, esta foi validada, bem como cumpriu todos os requisitos necessários e foi sorteado, todavia, teve seu direito negado pela empresa-ré, sob a alegação de que a linha telefônica não estava em seu nome. Afirma que é sócio gerente da (micro) empresa titular do celular. Salienta que não foi dada oportunidade de conhecer previamente a integralidade do “Regulamento da Promoção”, bem como, alega que não houve qualquer comunicação premonitória de que a linha telefônica deveria obrigatoriamente estar em seu único e exclusivo nome.

Vieram contrarrazões.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Narra a inicial que a requerida veiculou uma promoção denominada “Pilote uma Ferrari na Itália”, em que a cada compra (ou abastecimento) de 25 litros de combustível, nos postos *Shell*, dava direito ao consumidor de recebimento de um cupom com código alfa numérico que, enviado por mensagem de texto via telefone celular (SMS) ao número 50045, inscreveria o consumidor num sorteio.

Informa ter abastecido seu veiculo num posto *Shell* e recebido o mencionado código que foi sorteado, todavia, o prêmio não lhe foi entregue por conta de desclassificação do seu cupom, sob a alegação de que o telefone celular pelo qual tal inscrição havia sido realizada estava em nome de uma empresa, pessoa jurídica, e não em seu nome como pessoa física.

Dai a presente ação, na qual pretende o requerente seja a requerida

condenada ao cumprimento da obrigação assumida, ou do valor pecuniário equivalente, sem prejuízo da condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A ré, por sua vez, alega que o autor não tinha direito ao prêmio porque o regulamento previa que ele era destinado a qualquer pessoa física que fosse maior e habilitada para conduzir veículo, além de possuidor de passaporte válido e adquirente das quantidades dos produtos especificados.

Aduz que o autor utilizou telefone de pessoa jurídica para participar do concurso, desrespeitando regulamento que previa que tal ligação deveria ter sido realizada por meio de telefone celular de uso pessoal de sua propriedade, sendo certo que o vencedor deveria ser proprietário da linha, e não simplesmente seu usuário.

Argumenta que, ainda que válida fosse a participação de pessoa jurídica, seria inviável a entrega do focado prêmio, uma vez que a empresa proprietária do telefone pelo qual foi feita a inscrição era composta por outros dois sócios além do autor. Diz, ainda, que transferiu a linha para seu nome pessoal.

O recurso não prospera.

Cumpre observar, inicialmente, que não houve cerceamento de defesa, na hipótese, uma vez que o *Regulamento da Promoção Pilote uma Ferrari na Itália* é bastante claro, sendo desnecessária dilação probatória.

Pelo que consta expressamente do item 1.1 do regulamento da promoção: "Esta promoção, que ocorrerá no período de 01/03/2011 a 15/06/2011, é destinada a qualquer pessoa física, maior de 18 anos, com carteira de habilitação e passaportes válidos, no mínimo até 06 meses após a data de embarque para a Itália, residente no território nacional que durante o período de 01/03/2011 a 31/05/2011, abastecer seu carro com 25 litros de SHELL-POWER Gasolina ou com 25 litros de SHELL-POWER Etanol ou seus múltiplos, em um dos postos de serviços SHELL participantes da promoção.".

O item 1.3 esclarece que: "De posse desse código e para se inscrever nesta Promoção, o cliente deverá enviá-lo, via mensagem de texto SMS, através de um telefone celular de uso pessoal de sua propriedade e de qualquer operadora de telefonia móvel ou Nextel, para o número 50045." (fl. 24).

De fato, restou incontroverso que o autor se inscreveu e foi sorteado em promoção intitulada "Pilote uma Ferrari na Itália", por meio de telefone celular de propriedade de pessoa jurídica.

Todavia, o regulamento da promoção expressamente restringiu a participação às pessoas físicas, o que não se vislumbra nenhuma abusividade na restrição.

Conforme ponderou o magistrado sentenciante: "tem-se que era justificável pela simples impossibilidade de que uma pessoa jurídica, caso

Acesso ao Sumário

vencedora, pudesse individualmente viajar e pilotar um veículo. A empresa do autor se trata, incontroversamente, de uma pluralidade de pessoas que se uniu societariamente para perseguição de uma finalidade comum, por meio de uma atividade econômica."

Por final, cabe registrar que o dano moral invocado não restou configurado, uma vez que infelizmente quem deu causa à situação foi o próprio autor, sendo certo que se trata de questão contratual.

De fato, o dano moral pode ser ressarcido naquelas hipóteses em que a dor psicológica, o sofrimento impingido à pessoa, à sua honra, imagem, intimidade (art. 5°, incisos V e X, da Constituição Federal), reclamam composição pela via reparatória.

Porém, não é o simples aborrecimento, mero dissabor, fonte de reparação civil, quando não caracterizado o sofrimento moral da vítima, em decorrência de conduta ilícita ou injusta.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, nesse aspecto, já decidiu que:

"Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior." (REsp. nº 628854/ES, 3ª Turma, rei. Min. Castro Filho, julgado em 3.5.2007, publicado no DJU de 18.6.2007, p. 255).

Portanto, este é o caso *subjudice* em que não demonstrou o autor a sua exposição à vexação pública, ou sofrimento de humilhação ou dor.

Assim, fica mantida a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em face do exposto, ao recurso é negado provimento.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 23.064)

Acesso ao Sumário

Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Promoção realizada pela empresa ré, tendo sido o cupom cadastrado pelo autor sorteado. Desclassificação sob o fundamento de que o telefone celular utilizado para inscrição no certame estava em nome de pessoa jurídica, o que seria vedado.

Adoto o relatório do voto nº 6852, do Exmo. Relator sorteado, Dr. Cláudio Hamilton, bem como o de fl. 127, mas *data maxima venia* estou discordando em parte, ressaltando a plena aplicação do CDC ao caso, bem assim de seu art. 62, VIII, não se olvidando da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.

Entendo que a alegada justificativa para desclassificação do autor do certame, qual seja, a de que o aparelho celular por ele utilizado para inscrição no concurso não era de sua propriedade, por se tratar de cláusula excludente de responsabilidade (ou restritiva de direito), deveria ser redigida de forma clara, objetiva e em destaque.

O documento principal, qual seja, o suposto "cupom lacrado", fl. 25, contendo código alfanumérico para inscrição no concurso, não traz a ressalva de que o telefone celular a ser utilizado para encaminhamento da mensagem de texto deveria ser de propriedade de pessoa física, e não jurídica (apenas menciona "*...do seu celular...*"). Destaca-se que o regulamento de fl. 24, onde inserida tal condição, traz um texto longo, minucioso, de letras minúsculas, e de não fácil compreensão para um leigo consumidor.

Assim, de rigor a condenação da empresa acionada ao cumprimento da obrigação à que se obrigou, contemplando o autor com o prêmio estabelecido no regulamento de fl. 24, nos termos dos itens 3.1 e 4.5 do referido documento, ou, na impossibilidade de gozo pelo autor, comprovada, a indenizar-lhe materialmente o *quantum* relativo a todos os benefícios constantes de tal premiação, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Danos morais, porém, não restaram evidenciados no caso, ressaltando-se que a inadimplência contratual, por si só, não gera gravames morais.

Diante do exposto, voto pelo **parcial provimento ao apelo do autor, para julgar procedente em parte a ação por ele ajuizada**, invertida a sucumbência, considerado o princípio da causalidade.

CAMPOS PETRONI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001211-39.2013.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes (...), é apelado (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14285)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 28 de maio de 2014.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ABSTENÇÃO DE USO C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. Contrafação de produtos de marca de clubes de futebol, sem o devido licenciamento.

DANOS MATERIAIS. Violação a marca (propriedade industrial). Inaplicabilidade do art. 103, parágrafo único, da Lei dos Direito Autorais (Lei nº 9.610/98), por analogia. Norma especialíssima, aplicável apenas nas hipóteses de violação a direito intelectual. Prejuízo material que não pode ser presumido na espécie. Precedentes deste E. Tribunal. Condenação à reparação dos danos materiais correspondente ao valor dos produtos fraudulentos apreendidos e/ou comprovadamente vendidos.

DANOS MORAIS. Inocorrência. Abalo à imagem ou reputação das entidades de prática desportiva que não decorre apenas do ato ilícito. Indispensável a prova do prejuízo extrapatrimonial. Precedentes deste E. Tribunal e do C. STJ.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por (...) E OUTROS (fls. 172/189) nos autos da ação de obrigação de não fazer c.c. reparação de danos ajuizada em face de (...), contra a r. sentença (fls. 155/157) proferida pelo MM. Juiz de Direito 1ª Vara Cível da Comarca de Santo André, Dr. Jairo de Oliveira Júnior, para condenar a Apelada em obrigação de não fazer e ao pagamento de R$ 190,00 (cento e noventa reais), a títulos de danos materiais.

Sustentam os Apelantes que a r. sentença, apesar de reconhecer a violação ao direito dos clubes recorrentes, teria limitado a reparação dos danos materiais ao valor dos produtos ilícitos apreendidos, o que violaria o art. 103, parágrafo único, da Lei nº 9.610/98; que a Apelada não teria apresentado prova idônea da quantidade do exemplares fraudulentos comercializados e/ou expostos à venda; que, pela teoria dinâmica do ônus da prova, seria ônus do infrator demonstrar

Acesso ao Sumário

a quantidade de produtos que ilicitamente adquiriu, pena de incidência do art. 103, parágrafo único, da Lei nº 9.610/98; que a reprodução de sinais distintivos das marcas de titularidade dos Apelantes, sem a devida autorização, imporia a total reparação dos danos materiais sofridos; que o critério mais favorável à quantificação dos danos materiais seria a aplicação do art. 103, parágrafo único, da Lei nº 9.610/98 c.c. o art. 210, inc. I, da Lei nº 9.279/96, pois desconhecido o número de exemplares contrafeitos; que a condenação à reparação dos danos morais se justificaria pela vulgarização do produto e depreciação da marca dos Apelantes.

Citam jurisprudência e doutrina e pugnam pela condenação da Apelada ao pagamento de indenização por danos materiais pelo critério do art. 103, parágrafo único, da Lei nº 9.610/98 c.c. o art. 210, inc. I, da Lei nº 9.279/96, e também ao pagamento de reparação por danos morais.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (fls. 221/224).

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Não se discute, pois, o ato ilícito consistente na comercialização de produtos pela Apelada que violam os sinais, dísticos, símbolos ou emblemas de titularidade dos Apelantes, fato este incontroverso nos autos.

As questões devolvidas limitam-se ao critério de apuração dos danos materiais e à ocorrência ou não de danos morais.

Passa-se ao julgamento.

Não se aplica na espécie, como pretendem os Apelantes, o disposto no art. 103, parágrafo único, da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), como critério de quantificação do dano material.

A referida norma é especialíssima, portanto, inaplicável por analogia como parâmetro de arbitramento do dano material por violação à propriedade industrial, especificadamente violação à marca, como na espécie, pois diz respeito apenas às hipóteses de violação de direito intelectual.

Neste sentido, esclarecedor precedente da 7ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, na relatoria do D. Des. Pedro Baccarat:

> "Uso indevido de marca. Indenização por danos materiais e morais. Camisetas ostentando símbolo semelhante ao oficial da seleção brasileira. Comercialização não autorizada, impondo-se a abstenção do uso da marca. **Pretensão de ressarcimento de danos materiais, com fundamento no parágrafo único do artigo 103 da Lei Especial. Inadmissibilidade. Presunção legal restrita às edições. Prejuízo correspondente ao valor das camisetas apreendidas. Dano moral não configurado**. Recurso da ré Every Girls And Boys parcialmente provido e desprovido o da ré Débora Aparecida Fernandes ME."

Acesso ao Sumário

(Apelação nº 9195439-49.2007.8.26.0000, j. em 05/10/2011) (destaques acrescentados)

E do corpo do referido acórdão, destaca-se:

"Entretanto, **da fixação da responsabilidade objetiva não decorre, automaticamente, a condenação ao pagamento do valor reclamado pela Autora, porque imprescindível a prova da existência do dano e de sua extensão**.

A Autora não apontou o valor do prejuízo que suportou, isto é, o dano que sofreu e àquilo que razoavelmente deixou de ganhar. Invoca as disposições do parágrafo único do artigo 103 da Lei 9610/98 para pleitear indenização em valor equivalente ao de três mil camisetas, além do valor correspondente à quantidade apreendida.

Como deduzida, a pretensão não pode ser acolhida. Com efeito, **o parágrafo único do artigo 103 cria uma presunção reservada às edições, tratando-se de norma especialíssima que, exatamente por isso, não pode ser aplicada a realidades diversas. O legislador tomou como base o que em geral se dá nas edições brasileiras - tiragem de três mil exemplares - e o fez atento as dificuldades de serem recolhidas todas as reproduções desautorizadas**." (destaques acrescentados)

No mesmo sentido: Apelação nº 0023663-14.2010.8.26.0006, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, na relatoria do D. Des. Pereira Calças, j. em 27/03/2012; Apelação nº 0202989-11.2008.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. em 05/02/2014.

O dano material por violação à marca nos casos de utilização indevida de emblemas, logotipos e signos distintivos de entidades de administração de desporto ou clubes esportivos não pode ser presumido, pois a indenização deve corresponder ao que o titular da marca deixou de lucrar em razão do ato ilícito.

Portanto, no entendimento deste Relator, amparado nos precedentes acima mencionados, a condenação à reparação dos danos materiais, especificadamente os lucros cessantes, deve ficar limitada ao valor dos bens efetivamente apreendidos e/ou comercializados, tal e qual decidiu a r. sentença:

"Nesse passo, a indenização por dano patrimonial corresponde ao material comprovadamente vendido somado ao material apreendido.

Considerando que foram adquiridos três produtos e há comprovante de pagamento no valor de R$ 30,00 (págs. 74/75), considero que cada produto era comercializado no valor de R$ 10,00.

E considerando que a somatória de produtos vendidos e aprendidos corresponde a dezenove unidade, a condenação por dano patrimonial terá o valor de R$ 190,00." (fls. 156)

Acesso ao Sumário

Também não há que se falar de condenação à reparação de danos morais.

O dano moral, na espécie, não é *in re ipsa*, pois não decorre apenas do ato ilícito. Requer prova do efetivo abalo à imagem e reputação dos clubes esportivos pela utilização não autorizada dos seus emblemas, sinais distintivos e logotipos.

A situação difere das hipóteses em que o contrafator ou aquele que comercializa produtos contrafeitos atua no mesmo segmento empresarial do titular da marca reproduzida, hipótese em que a mera exposição do produto de baixa qualidade é suficiente a depreciar a marca e diminuir o seu bom conceito perante o público consumidor. Nestes casos, presumem-se os danos morais em razão da vulgarização da marca.

A hipótese dos autos é diferente.

A atividade-fim dos Apelantes é de entidades de prática desportiva, e não fabricação e/ou comercialização de produtos com emblemas, sinais distintivos e logotipos da sua marca.

Portanto, a simples comercialização de produtos com a utilização dos signos distintivos dos clubes de futebol Apelantes não é suficiente para abalar a sua imagem ou reputação.

Neste sentido, os precedentes deste E. Tribunal:

"Apelação. Direito Empresarial. Marca. Símbolo oficial da seleção brasileira. Abstenção de uso e indenização por dano material e moral. Art. 87, parágrafo único, da Lei nº 9.615/98. Contrafação incontroversa. Dano material limitado ao número de exemplares apreendidos. Inaplicabilidade do art. 103 da Lei nº 9.610/98 ao caso. **Dano moral à pessoa jurídica. Possibilidade. Não caracterização, na situação concreta. Autora é entidade administradora de desporto, que não se dedica ao mesmo ramo de atividade explorado ilicitamente pelo contrafator. Dano moral não demonstrado e que não decorre automaticamente do fato. Indenização afastada. Sucumbência recíproca**. Apelo a que se dá parcial provimento." (Apelação nº 0023663-14.2010.8.26.0006, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 27/03/2012). (destaques acrescentados)

"Propriedade industrial. Marca. Abstenção de uso. Procedência do pedido. Apreensão, pelo Oficial de Justiça, de mercadoria em posse da ré com a marca figurativa da autora, sem identificação do fabricante licenciado ou oficial.

Dano moral. Pessoa jurídica. Uso indevido de marca. Abalo na reputação da demandante em razão dessa prática não comprovado. Indispensabilidade da prova contundente do prejuízo imaterial. Dever de indenizar afastado.

Sucumbência Custas, despesas processuais e honorários de advogado. Ação procedente em parte. Aplicação do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Apelação provida em parte.” (Apelação nº 0001650-94.2008.8.26.0360, Rel. Des. José Reynaldo, Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 13/09/2011). (destaques acrescentados)

“Produção de bolas de futebol com denominações, símbolos, emblemas e desenhos de mascotes de tradicionais equipes, sem licença. Inadmissibilidade. Proibição de atividades que se justifica. **Exclusão da indenização por danos materiais, por falta de prova do prejuízo e dos danos morais, seguindo precedente do STJ nesse particular (Resp. 811.934 RS).** Provimento, em parte”. (Apelação nº 0102329-04.2011.8.26.0100, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 16/08/11). (destaques acrescentados)

Destaca-se também precedente do C. Superior Tribunal de Justiça em caso análogo, envolvendo contrafação com utilização dos símbolos do **“Grêmio Football Porto Alegrense”**:

“**Propriedade industrial. Uso indevido de marca.**

Dano à imagem. Ausência de comprovação do dano moral alegado.

I - As razões recursais aludem a danos à imagem, porém fazem referência à diminuição de valor decorrente da comercialização de produtos com a utilização não autorizada de sua marca, bem como a diminuição de seu prestígio perante potenciais patrocinadores, o que configura dano material, já reconhecido pelas instâncias ordinárias.

II - **Os fatos narrados pela recorrente não levam à conclusão de que caracterizado o dano à imagem, o qual, tido pelo Tribunal de origem como não comprovado, não podem ser demonstrados em Recurso Especial, dada a necessidade de reexame de prova**”. (REsp nº 811.934-RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª Turma, j. 12.8.10, DJe 23.8.10)

E do corpo do referido acórdão extrai-se:

“Os fatos narrados pela recorrente não levam à conclusão de que caracterizado o dano à imagem ou, mais especificamente, de que, para o torcedor e o público em geral, a marca do Clube esteja associada a produtos mal acabados.”

Assim sendo, correta a r. sentença ao negar provimento ao pedido de reparação de danos morais.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida na íntegra a r. sentença apelada.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0036309-41.2012.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante ELTON LUÍS GASPAROTO DE AGUIAR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36924t)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 5 de maio de 2014.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: CONTRATO. CONTA CORRENTE. BLOQUEIO. SALÁRIO. DANO MORAL.

1. Incontroverso que houve bloqueio de salário em razão de débito inexistente. Ainda que existisse o débito, seria abusivo o bloqueio de verba alimentar, bem como condicionamento de sua liberação à realização de um acordo para seu pagamento.

2. Embora inexista dano "*in re ipsa*", houve comprovação do dano, diante da equivalência da situação humilhante de impedimento de realização de compras por bloqueio ilegal à experiência de negativa de crédito por inscrição desabonadora indevida.

3. Dever de reparar configurado.

4. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 102/105, cujo relatório ora se adota, julgou parcialmente procedentes ação declaratória c/c indenizatória, bem como cautelar, ajuizadas por Elton Luís Gasparoto de Aguiar contra Itaú Unibanco S/A, declarando a inexistência do débito objeto da controvérsia. Com isso, dividiu ônus da sucumbência entre as partes.

Inconformado, apela o autor, insistindo na configuração do dano moral. Afirma que o bloqueio indevido de seu salário causou-lhe dano moral, diante da humilhação pública que sofreu, por exemplo, na ocasião em que foi

Acesso ao Sumário

obrigado a deixar compras de alimentos no supermercado em razão do bloqueio indevido perpetrado pelo réu. Pugna, enfim, pela reforma da sentença para total procedência do feito.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

O autor narrou manter conta corrente junto à instituição financeira ré. Ao receber seu salário (7.11.2012), dirigiu-se a um supermercado, a fim de adquirir alimentos para si e sua família. Porém, o cartão de débito não foi aceito, diante de bloqueio de seu salário.

Dirigiu-se, então, no dia subsequente, à agência bancária, e o gerente o informou sobre a existência de débito, que impedia movimentações bancárias. Questionando a origem e existência dessa dívida, seu salário foi liberado para saque.

Em 30.11.2012, imaginando regularização do equívoco, tentou efetuar saque de seu 13º salário e, mais uma vez, foi surpreendido com bloqueio de sua conta. O gerente ter-lhe-ia informado de que, diante da dívida pendente junto ao banco, seu salário só seria liberado se aceitasse acordo para pagamento do débito. O acordo não foi aceito, porque o autor desconhecia a dívida e sua origem não foi elucidada.

A dívida não foi esclarecida, nem mesmo no decorrer do processo judicial e, bem por isso, foi declarada inexistente.

Com isso, restou incontroverso que houve bloqueio indevido do salário do autor. Ademais, ainda que houvesse dívida, restaria abusiva a subordinação de realização de acordo para liberação de salário, bem como ilegal o bloqueio de verba alimentar de forma unilateral.

Embora o nome do autor não tenha sido negativado, inexistindo dano moral "*in re ipsa*", entendemos configurado o dever de reparar. Isso porque o autor narrou situações vexatórias bastantes a comprovar o dano sofrido. A situação de ter sido impedido de levar suas compras em supermercado, em razão de bloqueio ilegal, equivale à experiência de ter crédito negado por inscrição desabonadora indevida.

Estabelecido o dever de reparar, resta a verificação do montante indenizatório.

Quanto a esse aspecto, considerando que a lei não prevê padrão de aferição do valor indenizatório para a hipótese vertente, resta, então, aquele genérico para os casos de prática de ato ilícito (artigos 159, 1059 e 1547 do CC de 1916, e artigos 927, 944 e 953 do CC atual).

Em tal ocorrendo, ao juiz tocará o arbitramento de indenização cabível, segundo seu elevado critério (Código Civil de 1916, artigo 1553, e parágrafo

Acesso ao Sumário

único do art. 953 do CC atual).

De fato, "o dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar eqüitativamente" (Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", tomo 54, parágrafo 5.536, n. 1, p. 61). "O importante é, a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam os autores, não fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos" (R. Limongi França, "Reparação do Dano Moral", *in* RT 631, p. 35). "O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão" (Humberto Theodoro Júnior, "Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil", *in* RT 662, p. 9).

Nesse diapasão, considerando as circunstâncias da causa, a capacidade econômica das partes e as finalidades reparatória e pedagógica da condenação dessa natureza, temos por adequada a fixação do montante indenizatório no importe de R$ 7.000,00 (sete mil reais), com correção monetária pela Tabela Prática desta Corte, a partir do julgamento deste aresto, e juros de mora desde a citação.

Com o resultado ora preconizado, a sucumbência deve ser suportada apenas pelo réu. Honorários são fixados em 15% sobre o valor da condenação, em relação à principal, mais 15% sobre o valor da causa, em relação à cautelar.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, nos termos do aresto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0183303-28.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, são apelados FRANCISCO DE ASSIS NICOLETTI (JUSTIÇA GRATUITA), CARLOS CESAR NICOLETTI (JUSTIÇA GRATUITA), FRANCISCO EDUARDO NICOLETTI (JUSTIÇA GRATUITA), IVANILDE MARIA DA CONCEIÇÃO DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA) e CARDIF DO BRASIL VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora,

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 19.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente), MARCIA DALLA DÉA BARONE e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 6 de maio de 2014.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Contrato de financiamento de veículo - Falecimento da contratante - Herdeiros que prosseguiram com o pagamento das parcelas avençadas - Seguradora contratada que efetuou o pagamento indenizatório correspondente às prestações faltantes diretamente à financeira apelante - Ausência de provas tenha a recorrente tomado ciência do falecimento da mutuária antes do recebimento da indenização da seguradora - Reconhecimento da quitação da dívida em relação aos herdeiros da mutuária, pela existência de seguro incluso - Admissibilidade - Devolução, em dobro, do valor das parcelas recebidas após o falecimento da mutuária - Não cabimento, ausente comportamento malicioso ou de má-fé - Recurso provido, em parte.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de dívida c.c. danos materiais e morais, proposta por Francisco de Assis Nicoletti, Francisco Eduardo Nicoletti e Ivanilde Maria da conceição do Nascimento Nicoletti, contra BV Financeira S/A. Crédito Financiamento e Investimento e Cardif do Brasil Vida e Previdência, julgada procedente pela r. sentença de fls. 151/157, de lavra do d. Magistrado LUÍS MÁRIO GALBETTI para, reconhecendo a quitação em relação aos herdeiros da mutuária, pela existência de seguro incluso, autorizando a expedição de alvará para transferência do veículo ao autor Francisco de Assis Nicoletti, condenar a corré BV Financeira a devolver aos autores, em dobro, o valor das parcelas recebidas após o falecimento da mutuária, devidamente atualizadas desde cada pagamento e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação até integral cumprimento da obrigação. E, por força da sucumbência, condenar a corré BV Financeira a suportar as custas e despesas do processo, bem como honorários advocatícios ao procurador dos autores, fixados

Acesso ao Sumário

em R$1.500,00 (art. 20, § 4º, CPC) e, considerando a desistência ofertada em face da corré Cardif, ora acolhida - que ocorreu após a apresentação da sua defesa - condenar os autores a arcar com o pagamento das despesas despendidas pela corré Cardif, bem como a pagar honorários advocatícios ao procurador desta corré, fixados em R$1.500,00 (art. 20, § 4º, CPC), sendo certo que em relação a esta verba sucumbencial, a execução fica adstrita a eventual alteração de fortuna, uma vez que os autores são beneficiários de assistência judiciária gratuita.

Irresignada apelou a instituição financeira buscando reforma, sustentando, em síntese, ser indevida a repetição pleiteada, muito menos em dobro, vez que não constatada cobrança indevida, nem má-fé por parte do banco apelante; ausência de prova de que os apelados comunicaram, desde logo, o falecimento da mutuária, tendo a instituição financeira apenas tomado ciência da morte de sua cliente, quando do pagamento da cobertura efetuado pela seguradora Cardif, em 09.06.2011, postulando o afastamento da condenação à devolução das parcelas pagas pelos apelados, ou, subsidiariamente, afastamento da repetição em dobro e, ainda, que a correção monetária e os juros moratórios, sobre eventuais valores a serem repetidos, sejam contados a partir do trânsito em julgado.

Recurso bem processado, acusando respostas (fls. 184/186; 190/193), subiram os autos.

É o relatório.

Verifica-se dos autos que Odete Moretti Nicoletti, esposa do coautor Francisco de Assis Nicoletti, falecida em 04.08.2010, firmara, em maio de 2009, contrato de financiamento de veículo junto à BV Financeira, no valor de R$5.300,00, comprometendo-se ao pagamento de 36 parcelas iguais e consecutivas, no valor de R$277,15 (fls. 19/22), incluído na avença um “seguro proteção financeira”, feito, automaticamente pela instituição financeira apelante e a corré Cardif do Brasil Vida e Previdência.

Ocorreu que, com o falecimento da compradora, alegam os autores terem sido orientados pela instituição financeira, a continuarem o pagamento das prestações avençadas, sob pena, inclusive, de cobrança judicial, o que poderia culminar em busca e apreensão do veículo. Assim, o coautor Francisco de Assis, continuou pagando as prestações, normalmente, desde o falecimento da compradora (agosto de 2010) até maio de 2011, totalizando a importância de R$2.882,12, atualizados até agosto de 2011, postulando na presente demanda, a repetição, em dobro, do referido valor, nos termos do art. 42, § único, do CDC, o reconhecimento da inexigibilidade do débito e consequente quitação da dívida, sem embargo da indenização por danos morais.

O recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, conforme sustentado pelo recorrente nas razões de

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

apelação, não se encontra nos autos demonstração de que tenham os apelados, efetivamente, comunicado ao banco, desde logo, o falecimento da mutuária, ocasião em que teriam sido orientados a dar continuidade ao pagamento das prestações avençadas, porquanto, conforme asseverado pelo d. Julgador sentenciante: "Se o fato tivesse sido noticiado ao próprio banco - *o que aqui não se afirma ou se nega, mas não há prova documental acerca da circunstância* - teria obrigação o BANCO de perceber que o contrato faz menção específica à existência de um seguro financeiro em caso de falecimento da mutuária (conferir, "*in fine*" fls. 22)", apontando a prova dos autos no sentido de que a financeira apelante somente tomou conhecimento do falecimento de sua cliente, quando do pagamento da cobertura efetuado pela seguradora Cardif, em 09.06.2011, ocasião em que a instituição financeira apelante contabilizou a quitação do contrato pelo seguro e já em agosto de 2011 os apelados ingressaram com a presente demanda pleiteando a devolução dos valores, além da indenização.

Destarte, não se vislumbra na atuação da apelante resistência injustificável à devolução dos valores indevidamente pagos pelos autores, ausente comportamento malicioso ou de má-fé a ensejar a devolução, em dobro, nos termos do art. 42, § único, do CDC.

De outro lado, como bem anotou o ilustre Julgador *a quo*: "Mesmo que por hipótese tenha o BANCO recebido da SEGURADORA valor inferior ao que seria devido, por que informou um saldo devedor que incluía o pagamento das prestações depois do falecimento, esta questão deve ser dirimida entre a instituição financeira e a seguradora".

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para excluir da condenação a devolução "em dobro" do valor das parcelas recebidas após o falecimento da mutuária, senão que de forma simples (ausência de dolo), mantida, no mais, a r. decisão recorrida por seus jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4003360-36.2013.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante ALEXANDRE RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10599)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), MELO COLOMBI e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 12 de maio de 2014.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - MONITÓRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO - ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE NA TAXA DE JUROS E INCONSTITUCIONALIDADE DA CAPITALIZAÇÃO - DESCABIMENTO - TAXA DE JUROS QUE SE ENCONTRA NA MÉDIA DO MERCADO - CAPITALIZAÇÃO MENSAL PERMITIDA - INCIDÊNCIA DIÁRIA ABUSIVA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 78/84 julgando improcedentes os embargos opostos à ação monitória, de relatório adotado. Recorre o embargante, alegando ilegalidade da capitalização mensal dos juros e exorbitância da taxa destes, necessidade de prova pericial; eventualmente, pugna pela minoração da verba honorária para 5%; aguarda provimento (fls. 91/98).

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Recebido no duplo efeito (fls. 101).

Contrarrazões (fls. 104/117).

Remessa (fls. 118).

É O RELATÓRIO.

O recurso prospera em parte.

Matéria fundamentalmente jurídica, elementos suficientes para o convencimento, desnecessária a exibição de outros documentos, inócua a realização de prova pericial.

As partes celebraram contrato (fls. 11/13) de abertura de crédito em conta corrente, com limite de R$ 1.200,00. As tarifas avençadas foram de 8,50% ao mês, prefixada, com 166,16% ao ano. A cláusula quarta indica indícios capitalização diária de juros.

Não se encontra abusiva a taxa de juros conforme pactuada, vez que a mesma não dista da média de juros para operações semelhantes no mesmo período (agosto de 2008) que, de acordo com o sítio do Banco Central, se deu próxima a 170%. Conforme a súmula 382 do STJ:

A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

A capitalização encontra disciplina na Medida Provisória nº 1963/17-2000, selada pelo diploma Normativo nº 10.931/04, permitida a capitalização, quando expressamente pactuada.

Todavia, o cálculo da capitalização em período diário não pode vicejar, por se tratar de hipótese de flagrante abuso contra o consumidor, devendo, portanto, prevalecer a mensal.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para determinar que o cálculo seja refeito para incidência da capitalização mensal dos juros, ao invés da diária. A devolução deve se dar de forma simples, facultada a compensação com as parcelas vincendas, incidindo juros de mora legais do *quantum* indevidamente cobrado de 1% ao mês e correção monetária contada desde a cobrança.

Vencido em maior parte, o embargante deverá arcar com 3/4 das custas e despesas processuais, a casa bancária com 1/4, e verba honorária de 10% sobre o valor da obrigação indexada a cargo do embargante, com a ressalva do benefício da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002456-60.2013.8.26.0294, da Comarca de Jacupiranga, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado JOSÉ HILÁRIO DA SILVA FILHO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28593)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Dano moral - Cobrança de débito quitado - Inexigibilidade do débito reconhecida - Cobrança efetivada apenas por contato telefônico - Ausência de publicidade da cobrança indevida - Descabimento de dano moral, pois não foi comprovada a sua ocorrência

Acesso ao Sumário

- Condenação por dano moral afastada - Ação parcialmente procedente - Sucumbência recíproca - Recurso parcialmente provido para tal fim.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de obrigação c.c. reparação por danos morais, julgada procedente pela r. sentença de fls.50/52, para declarar a inexigibilidade da obrigação entabulada entre as partes e condenar o requerido ao pagamento de indenização por dano moral em favor do autor no valor total de R$6.780,00, corrigidos monetariamente pelo índice da Tabela Prática do TJSP desde a data da sentença e acrescida de juros legais de 1% ao mês (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$1.000,00, corrigidos.

Não se conformando com os termos da r. sentença, a instituição financeira apresentou apelação de fls.60/75, alegando inexistência de prova do efetivo dano moral, decorrente do ato ilícito, requisito essencial à concessão de qualquer indenização. Menciona que o mero dissabor, aborrecimento do cotidiano não configuram dano moral indenizável, e que ausente o nexo de causalidade. Aduz que não agiu com má-fé, nem mesmo praticou qualquer ato ilícito. Questiona o *quantum* indenizatório. Prequestiona o *quantum* indenizatório e requer provimento ao apelo.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O autor propôs a presente ação, em razão de cobrança por meio telefônico, decorrente de operação financeira, cujo débito já foi quitado junto à instituição financeira.

Esclarece que celebrou um contrato de empréstimo, a ser pago em 60 parcelas por meio de desconto diretamente em seu benefício previdenciário, entretanto, antes do término do contrato os descontos foram cessados.

Preocupado com eventual inadimplência, efetuou acordo para pagamento do débito em parcela única no valor de R$376,00, cujo boleto foi emitido com vencimento em 30.07.2012, devidamente quitado conforme comprovante colacionado às fls.14.

A instituição financeira por outro lado, não trouxe qualquer documento que desconstitua as afirmações do autor, nem mesmo nega a existência de cobrança, bem como, em suas razões recursais limitou-se a alegar a ausência de nexo de causalidade e prova do dano moral.

Neste contexto, justificada a propositura da presente ação para obter a declaração de inexigibilidade do débito.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, o autor não colacionou qualquer documento que comprove que a cobrança por via telefônica tenha ocasionado danos de ordem moral, tais como inscrição em órgãos de inadimplência, ou qualquer outra restrição creditícia.

Se a cobrança não ultrapassou o contato telefônico entre as partes, deve ser observado que não ocorreu nenhum abalo à reputação do requerente na medida que não houve desdobramento de tal conduta, posto que não comprovada publicidade da cobrança, bem como inscrição em cadastro de inadimplência ou mesmo restrições creditícias, configurando os fatos mero aborrecimento e desgosto que fazem parte do cotidiano das grandes metrópoles.

As pessoas físicas e jurídicas, em razão da vida moderna e das inúmeras atividades realizadas em sociedade, estão sujeitos a toda sorte de acontecimentos, que, todavia, são causadores de transtornos e aborrecimentos, mas não geram quaisquer direitos a indenização, e não configuram o dano moral.

Para o artigo 186 do atual Código Civil é inadmissível a ideia de ato ilícito sem a presença de dano. Isso porque o aludido comando legal exige a lesão de direitos cumulada com o dano.

O dano moral pode ser conceituado como sendo o prejuízo que atinge o patrimônio incorpóreo de uma pessoa, como os direitos da personalidade, o direito à vida, à integridade física, ao nome, à honra, à imagem, e a intimidade. Portanto, considera-se dano moral a dor subjetiva, dor interior que, fugindo à normalidade do dia-a-dia do homem médio, venha a lhe causar ruptura em seu equilíbrio emocional interferindo intensamente em seu bem estar.

Os transtornos e aborrecimentos que são passíveis de ocorrer no dia-a-dia, não são suficientes a ensejar ofensa e acarretar direito a indenização.

Assim, não se verifica nenhuma conduta dos requeridos que pudesse ensejar o direito a indenização, pois muita embora os contratos tenham sido reconhecidos como inexigíveis, não houve nenhuma consequência negativa para o autor, que não teve seu nome maculado, nem mesmo ficou com saldo negativo em sua conta.

Acesso ao Sumário

A ação por danos morais como direito constitucional, deve ser vista com cautela e ser resguardada daqueles que a utilizam de modo incoerente, seja por absoluta impropriedade do expediente, seja para angariar vantagem em detrimento de alguma instituição ou pessoa.

Portanto, o dano moral não restou configurado.

Assim, a ação é parcialmente procedente, apenas para declarar a inexigibilidade do débito apontado na inicial, sendo afastada a condenação por danos morais, motivo pelo qual reconheço a sucumbência recíproca, de modo que cada parte arcará com a metade das custas, despesas processuais bem como honorários do profissional que contratou, observada a gratuidade concedida ao

autor.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005665-43.2011.8.26.0347, da Comarca de Matão, em que é apelante EURYDICE RIBEIRO SCUTTI, é apelado CONFECÇÕES ELITE LTDA..

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente pelo apelante o advogado Eduardo H. Campi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.638)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente) e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 4 de junho de 2014.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Ação de consignação em pagamento c.c. indenização e repetição de indébito - Valor consignado impugnado pelo credor - Discussão a respeito do termo inicial de sua incidência - Prevalência, nesta hipótese, do que foi previsto expressamente no contrato firmado pelas partes, qual seja, a partir do vencimento da dívida - Descabimento, por isso, de sua incidência durante a vigência do contrato - Prevalência do princípio do "*pacta sunt servanda*" - Ação julgada procedente declarando extinta a obrigação - Recuso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de consignação em pagamento ajuizada por CONFECÇÕES ELITE LTDA. contra ESPÓLIO DE SALVADOR SCUTTI, por seu administrador provisório LUIZ FERNANDO SCUTTI, posteriormente sucedido por EURYDICE RIBEIRO SCUTTI e que, pela r. sentença (fls. 262/266) proferida pela douta Magistrada ANA TERESA RAMOS MARQUES NISHIURA OTUSKI, cujo relatório se adota, foi julgada procedente, declarando extinta a obrigação objeto dos autos, arcando o requerido com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Irresignada, apela a requerida alegando a insuficiência do valor consignado e da necessidade de corrigi-lo monetariamente. Sustenta que a ausência de correção monetária do valor principal em um contrato de mútuo caracteriza enriquecimento sem causa, de maneira que o valor mutuado deve ser corrigido monetariamente a partir da data em que foi disponibilizado. Sustenta que não há se falar em ausência de previsão contratual para a incidência da correção monetária, uma vez que sua incidência é presumida e decorre da legislação. Postula, assim, a reforma da r. sentença.

Recurso preparado, recebido e respondido.

É o relatório.

Consta dos autos que a autora, no início de 1999, passando por dificuldades financeiras, recorreu ao então sócio Salvador Scutti, falecido em 31/12/2010, que lhe fez um empréstimo no valor de R$ 1.075.000,00 (R$ 480.000,00 em 10/05/1999; R$ 520.000,00 em 04/06/1999; R$ 30.000,00 em 03/06/2009 e R$ 45.000,00 em 10/06/2009).

Relata que os contratos realizados foram várias vezes aditados e prorrogados em seus vencimentos e que, em nenhum deles, foi exigida correção monetária dos valores contratados, sendo que esta, somente seria exigida, como punição, no caso de atraso no pagamento dos juros contratados, entendendo a autora, por isso, que é devido somente os valores mutuados, acrescidos apenas dos juros, depositando, em face disso, a quantia de R$ 1.219.274,87.

Em sua defesa, alega o Espólio de Salvador Scutti que o valor ofertado pela autora é insuficiente, já que depositado sem a incidência de correção monetária do valor mutuado. Requereu o prosseguimento da ação no tocante à diferença do valor tido como faltante, corrigindo-se monetariamente o valor principal, requerendo o levantamento do valor já consignado.

Sobreveio a r. sentença nos seguintes termos:

"*Pela análise dos contratos celebrados e respectivos aditamentos, observa-se que a autora está com a razão.*

Com efeito, em todos os contratos celebrados (fls. 53/55, 67/69, 84/85 e 87/88) estipulou-se uma data para devolução da importância mutuada, estabelecendo-se apenas que 'todo e qualquer atraso no pagamento da obrigação principal acarretará acréscimos de juros e correção monetária, que será contado até a data da efetiva satisfação do mútuo'.

Depreende-se, assim, que a correção monetária foi revista no contrato apenas para o período de atraso, ou seja, a partir do vencimento de cada um dos contratos. Ou seja, estabeleceu-se que, apenas após a data prevista para a satisfação do débito, incide correção monetária.

No caso, considerando os aditamentos realizados, tem-se que o vencimento do mútuo de R$ 480.000,00, ocorreu em 10/11/2010 (fls. 66); o vencimento do

Acesso ao Sumário

mútuo de R$ 520.000,00 ocorreu em 10/11/2010 (fls. 83); o vencimento do mútuo de R$ 30.000,00 ocorreu em 02/06/2011 (fls. 86) e o vencimento do mútuo de R$ 45.000,00 ocorreu em 09/06/2011 (fls. 89).

Assim, pelas cláusulas contratuais estabelecidas, apenas a partir das datas dos vencimentos acima mencionados é que incide correção monetária, não se estabelecendo, em nenhum momento, que deveria ocorrer a atualização do valor emprestado a partir da data da celebração dos empréstimos.

É certo que a correção monetária, teoricamente, não consiste em nenhum 'plus', sendo mera atualização do valor monetário.

Ocorre que, no caso, os contratos celebrados são claros acerca da incidência da correção monetária apenas a partir do vencimento dos contratos (atraso no pagamento da obrigação principal), sendo certo que nos aditamentos celebrados, não se estabeleceu, em nenhum momento, que o valor mutuado deverão ser atualizado monetariamente a partir da data da celebração dos contratos.

Assim, os cálculos apresentados pela autora a fls. 97/100 devem ser acolhidos, rejeitando-se a alegação de insuficiência de depósito trazida pelo requerido, pelas razões acima expostas".

Este entendimento do douto Magistrado está correto e deve prevalecer, porquanto diante do que foi estipulado no contrato firmado pelas partes, que mencionou expressamente a respeito da correção monetária e do respectivo termo inicial para ser aplicada, sua incidência deve ficar, por isso, sujeita ao que foi livre e expressamente pactuado pelas partes, o que é perfeitamente admissível. Somente à míngua de previsão contratual a respeito deste consectário legal é que, então, haveria a sua incidência consoante previsto em lei, notadamente nos termos da Lei nº 6.899/81, que determina a sua aplicação em relação aos débitos judiciais ou decorrentes de condenação judicial, prescindindo, por isso, de pedido expresso do demandante para ser calculada em seu favor, do que, porém, não se trata aqui. Portanto, havendo previsão contratual estipulando a respeito da correção monetária, deve esta incidir consoante pactuado, eis que o contrato torna-se lei para as partes, face ao princípio do "*pacta sunt servanda*" que rege a relação contratual.

Veja-se a propósito o seguinte precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

"*A previsão da Lei 6.899/81 diz com a hipótese de mora, não interferindo com a pactuada pelas partes*" (STJ-3ª T., Ag 34.765-0-AgRg, Min. Eduardo Ribeiro, j.26.4.93, DJU 10.5.93).

Ressalte-se que não se está afastando, no caso vertente, a incidência da correção monetária, mas unicamente determinando-se o seu termo inicial, de conformidade com o previsto no contrato, vale dizer, a partir do vencimento

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

da dívida, não havendo de se falar nesta hipótese, por isso, em enriquecimento sem causa da recorrida em detrimento da apelante, como afirmado por esta. Afigura-se descabido, por isso, a incidência da correção monetária no período de vigência do contrato, como pretendido pela ré.

Impõe-se, portanto, a confirmação da r. sentença recorrida, inclusive por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0197231-51.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GLOBEX UTILIDADES S/A, é apelado TATIANA MOSCONI KOPONEN BALBI.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17279)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente) e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA. LISTA DE PRESENTES DE CASAMENTO. ATRASO NA ENTREGA DE MERCADORIAS. Danos materiais consubstanciados no dever da Ré de arcar com o valor do aluguel e despesas condominiais relativos ao mês em que a Autora e seu cônjuge ficaram supostamente impossibilitados de se mudar para o imóvel por eles alugado. Inexistência. A mera ausência de refrigerador e fogão, por si só, não constitui óbice à habitação de um imóvel. Danos morais. Existência. Frustração causada pelas inúmeras tentativas de entrega do bem que não se concretizaram por culpa exclusiva da Ré que ultrapassam a barreira do mero aborrecimento. Reforma parcial da r. sentença. Sucumbência recíproca. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE

PROVIDO.

VOTO

Trata-se de "ação ordinária de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte*, c/c indenização por danos materiais e morais" ajuizada por TATIANA MOSCONI KOPONEN BALBI contra GLOBEX UTILIDADES S/A, julgada parcialmente procedente pela r. sentença *a quo* (fls. 104/108), cujo relatório adoto, condenando a Ré ao pagamento da quantia de R$ 8.200,00 a título de danos materiais, além da quantia de R$ 5.000,00 em razão do dano moral suportado pela Autora, decorrente do atraso na entrega das mercadorias adquiridas por meio do *website* da Ré, ambas devidamente acrescidas de correção monetária segundo os índices da tabela prática deste E. Tribunal, desde o ajuizamento da demanda, e de juros moratórios de 1% ao mês, contados da citação. Em razão da sucumbência, a Ré foi condenada, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária, os quais foram arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a Ré interpôs o presente recurso de apelação (fls. 111/120), desafiando as respectivas contrarrazões da Autora (fls. 126/130).

O recurso foi regularmente processado e preparado.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial da presente demanda, condenando a Ré ao pagamento da quantia de R$ 8.200,00 a título de danos materiais, bem como da quantia de R$ 5.000,00 a título de danos morais, ambas devidamente acrescidas dos consectários legais.

As questões do recurso resumem-se: na existência, ou não, de dever de indenizar os supostos danos materiais suportados pela Autora; na existência, ou não, de danos morais indenizáveis.

Quanto aos fatos da demanda, tem-se o seguinte: a Autora ajuizou a presente "ação ordinária de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte*, c/c indenização por danos materiais e morais" contra a Ré (fls. 02/24), sustentando, em apertada síntese, que contraiu matrimônio em 26.JUL.2008 (fl. 28), tendo elaborado lista de presentes que ficou à disposição dos seus convidados no estabelecimento da Ré, tanto na loja física quanto no seu *website*. Após a realização do casamento, a Autora entrou em contato com a Ré a fim de verificar quais itens da lista haviam sido adquiridos, ocasião em que requereu a troca de alguns itens comprados por outros de sua preferência, recebendo, para tanto, vale-presente no valor de R$ 10.020,00. Munida do referido vale-presente, a Autora afirma que, através de contato telefônico com a Ré, solicitou uma série de itens, em 12.AGO.2008, utilizando, para tanto, o

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

valor de R$ 9.970,00, inferior, portanto, ao total que a mesma dispunha para compras. A entrega dos itens adquiridos através do vale-presente ocorreu já em 13.AGO.2008, contudo, deixaram de ser entregues dois itens, quais sejam: *i) Refrigerador Side by Side GE GLZ23 Frost Free* e *ii) Fogão GE Luxe 005 com grill e timer*. Assim, a Autora alega que, em 20.AGO.2008, realizou contato telefônico com a Ré, a fim de obter esclarecimentos acerca do atraso na entrega, ocasião em que teria sido informada de que a entrega e instalação do refrigerador seria realizada pelo próprio fabricante e que a mesma deveria aguardar por dez dias o contato da Ré para agendamento, tendo a entrega e instalação se efetivado tão somente em 16.SET.2008, após passado mais de um mês da data da compra. Com relação ao fogão, foi agendado o dia 22.AGO.2008 para sua entrega, em horário comercial. Todavia, segundo aduz, no dia combinado a Autora teria aguardado em sua residência o dia todo, sem que a entrega tenha sido efetuada. Afirma que tal fato se repetiu por mais cinco vezes, isto é, a Ré agendava uma data para entrega do fogão, a Autora ficava em casa aguardando e ninguém aparecia, tampouco telefonavam para informar que a entrega não poderia ser realizada. Inconformada com a situação, ingressou com a presente demanda, requerendo, em sede de tutela antecipada, a determinação para que a Ré efetuasse a entrega do fogão, no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de incidência de multa diária. No mais, requereu a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos materiais, correspondentes ao aluguel e despesas condominiais do apartamento alugado pelo casal, para o qual, contudo, não puderam se mudar em razão da ausência de itens indispensáveis que deixaram de ser entregues no prazo combinado, além de indenização por danos morais decorrentes dos transtornos causados pela desídia da Ré. A tutela antecipada pleiteada foi indeferida (fls. 48/49). Citada, a Ré ofereceu contestação (fls. 55/64), alegando, em suma, que o atraso na entrega do refrigerador se deu em razão da indisponibilidade de datas pelo fabricante, responsável pela entrega e instalação do produto. No que tange ao fogão, afirmou que a entrega já havia sido realizada e que a demora foi motivada pela falha de comunicação entre as partes e pela falta do produto em estoque. Impugnou os pedidos de indenização por danos materiais e morais e pugnou pela improcedência da demanda. A MMª Juíza *a quo*, em julgamento antecipado, houve por bem reconhecer a parcial procedência da demanda, condenando a Ré ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais, ensejando a interposição do presente recurso.

Pois bem. No que tange aos danos materiais, a r. sentença merece ser reformada, vez que inexiste relação entre o atraso na entrega das mercadorias (-refrigerador e fogão-) e o fato de que a Autora e o seu marido supostamente não se mudaram para o apartamento que fora por eles alugado.

De acordo com as alegações iniciais, a Autora e o seu marido alugaram apartamento na cidade do Rio de Janeiro, onde viveriam após o casamento, despendendo para tanto o valor mensal de R$ 8.200,00, relativo ao aluguel e às despesas de condomínio (fls. 38/44).

Acesso ao Sumário

Todavia, devido ao atraso na entrega do refrigerador e do fogão adquiridos no estabelecimento comercial da Ré, itens que a Autora considera indispensáveis para a habitação de um imóvel, o casal ficou impossibilitado de se mudar para o apartamento, tendo, contudo, que efetuar o pagamento do aluguel e despesas de condomínio.

Assim, afirma que tais valores devem ser suportados pela Ré, vez que a mesma deu causa ao prejuízo suportado pela Autora e seu cônjuge, o que foi acolhido pela magistrada *a quo*.

Com o devido respeito ao entendimento esposado em primeiro grau, não merece prevalecer a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos materiais, sendo imperiosa a reforma parcial da r. sentença combatida.

Primeiramente, é certo que a Autora sequer comprovou que, de fato, não se mudou para o imóvel em questão, ônus que lhe incumbia, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC.

Há que se destacar que, ainda que aplicável a inversão do ônus da prova na hipótese dos autos, tendo em vista que a relação travada entre as partes é de consumo (art. 6º, VIII, do CDC), é certo que não pode ser exigida da Ré a produção de prova negativa, até mesmo porque a mesma sequer possui condições de comprovar se houve, ou não, a mudança para o imóvel alugado pela Autora e seu marido.

De mais a mais, não se revela crível que, nos dias de hoje, a mera ausência de refrigerador e fogão torne absolutamente inviável a habitação de um imóvel, ainda mais em uma cidade como a do Rio de Janeiro.

É evidente que a ausência de tais itens pode gerar certo aborrecimento, mas não é suficiente para ensejar a condenação da Ré ao pagamento do valor do aluguel e das despesas condominiais do imóvel.

Assim, de rigor concluir que se o casal realmente não se mudou para o imóvel por eles alugado, tal fato ocorreu por opção própria, vez que, por óbvio, existiam condições para tanto, sendo cabível, se fosse o caso, eventual condenação da Ré ao reembolso dos gastos despendidos com alimentação, diante da impossibilidade de cozinhar na própria residência.

Não tendo ocorrido isso, a pretensão ao recebimento de indenização por danos materiais deduzida na peça inaugural deve ser julgada improcedente.

Superada essa questão, passa-se à análise da existência, ou não, de danos morais indenizáveis no caso vertente.

O dano moral é aquele que lesa o patrimônio anímico do indivíduo humano, causando-lhe dissabores em sua honra, objetiva ou subjetiva, e restringindo-lhe a própria normalidade psíquica, eis que vulnerada essa pelos efeitos que o ato danoso produz no âmbito íntimo do ser.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

Assim, a sistemática jurídica conferida ao dano moral após o advento da Constituição Federal de 1988 comporta o reconhecimento do dano moral na forma pleiteada, pois a Carta Magna é clara ao destinar proteção especial à honra subjetiva e objetiva da pessoa humana quando determina, em seu art. 5º, X: *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”*

No caso, o fato de ter a Autora, por ***seis vezes***, agendado a entrega da mercadoria adquirida no estabelecimento da Ré, aguardando durante todo o horário comercial, vez que não é designado sequer um horário específico para a realização da entrega, sem, contudo, obter êxito no recebimento do produto, torna evidente o dano moral, extrapolando a esfera do mero aborrecimento e revelando, na realidade, verdadeiro descaso da Ré no trato com seus consumidores.

Na fixação do *quantum* indenizatório, diz o *caput* do art. 944 do CC/2002: “A indenização mede-se pela extensão do dano”, assim, deve o juiz “agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo.” (TJMG, Ap. 87.244, 3ª Cam. J. 09.04.1992, repertório IOB de jurisprudência, n.3, p. 7679).

Leciona o i. Carlos Roberto Gonçalves: “Levam-se em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesado (punitive damages)”[1].

Não obstante, também é certo que deve ser considerado o critério da razoabilidade e proporcionalidade para fixação do valor da indenização por danos morais, a fim de se atender a sua função reparatória e punitiva, não podendo o dano moral representar procedimento de enriquecimento para aquele que se pretende indenizar, já que, dessa forma, haveria um desvirtuamento ilícito e inconstitucional do ordenamento jurídico atinente à responsabilidade civil.

Acesso ao Sumário

Nessa linha, a fixação da indenização no valor de R$ 5.000,00, nos moldes da r. sentença hostilizada, mostra-se adequada e razoável diante das circunstâncias do caso, por se tratar de valor que indeniza a Autora sem locupletá-la por meio do Poder Judiciário, servindo, por outro lado, para punir e desestimular condutas reiteradas da Ré e de seus prepostos, não comportando, guarida, assim, a pretensão da Ré de minoração do *quantum* indenizatório.

Logo, o apelo da Ré comporta parcial provimento, de forma a reformar em parte a r. sentença guerreada e, com fundamento no art. 269, I, do CPC, julgar improcedente a pretensão da Autora ao recebimento de indenização pelos danos materiais descritos na exordial.

1 GOLÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573.

Diante da parcial procedência da demanda, consoante a exegese do art. 21, *caput*, do CPC, a sucumbência é recíproca, devendo cada parte arcar com metade das custas e despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios dos respectivos patronos.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Ré, *para* ***REFORMAR EM PARTE*** *a r. sentença "a quo" e afastar a condenação da Ré ao pagamento de indenização a título de danos materiais. Diante da parcial procedência da demanda, consoante a exegese do art. 21, "caput", do CPC, a sucumbência é recíproca, devendo cada parte arcar com metade das custas e despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios dos respectivos patronos*. No mais, fica mantida a r. sentença hostilizada tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005259-84.2011.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SIMA ENGENHARIA LTDA., são apelados FERTIVEN COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO DE FERTILIZANTES LTDA. e FERTIVEN B.V..

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "(Consultada sobre a necessidade de leitura do Relatório, a Senhora Advogada a dispensou.) Conheceram e negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3155)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação. Execução de título extrajudicial. Contrato de prestação de serviços com cláusula compromissória. Arbitragem já instituída. Extinção do Processo nos termos do artigo 267, VII, do Código de Processo Civil. Título executivo, ademais, inexistente. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 128, alvo de embargos de declaração não acolhidos (fls. 131/140), cujo relatório adoto em complemento, que nos autos da execução por quantia certa contra devedor solvente proposta por Sima Engenharia Ltda. contra Fertiven Comércio, Importação, Exportação de Fertilizantes Ltda. e Fertiven B.V., julgou extinto processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VII, do Código de Processo Civil. Referida decisão condenou a exequente ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 700,00.

Inconformada, apela a exequente, Sima Engenharia Ltda. (fls. 158/175).

Sustenta que a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça é possível em sede de apelação; o procedimento arbitral foi iniciado em 16.06.2011, portanto, após a execução (03.03.2011); nos termos do art. 585, §1º, do CPC o ajuizamento de ação de conhecimento não obsta o da execução; a solução da controvérsia pela via arbitral não significa renúncia à execução do título, que deve ocorrer perante o Judiciário.

O recurso é tempestivo e foi preparado (fls. 221/223 e 239/240).

Em contrarrazões alega-se a unirrecorribilidade das decisões judiciais, deserção do recurso de apelação e pugna-se pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Em primeiro lugar, a matéria relativa à gratuidade da justiça já foi submetida a esta Corte em sede de agravo de instrumento, que teve seu seguimento negado por falta de instrução correta do feito.

No mais, não há que se falar em deserção do recurso, já afastada quando do julgamento dos Agravos de Instrumento nº 0058669-95.2013.8.26.0000 e 2028222-90.2013.8.26.0003, com expresso reconhecimento de que a diferença do preparo foi recolhida dentro do prazo assinalado pelo juiz.

Acesso ao Sumário

A r. sentença deu correto desfecho à lide e deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

Segundo dispõe o artigo 3º da Lei de Convenção de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996):

"As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

Os artigos 4º e 5º, bem como seus respectivos parágrafos, da supra mencionada Lei, estipulam que:

"Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as

partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem".

No caso dos autos há "Instrumento Particular de Prestação de Serviços" (fls. 24/30) e "Termo de Prorrogação de Contrato" (fls. 31/32), que prevê, em sua Cláusula 9ª, a resolução de conflitos por meio de arbitragem, inclusive em relação ao adimplemento (fls. 28):

"9.1. As Partes se comprometem a engendrar seus melhores esforços para resolver rapidamente qualquer disputa ou controvérsia que venha a surgir entre elas com respeito ao presente Contrato, sua interpretação, seu adimplemento, sua validade ou término, mediante negociação de boa fé. Caso a disputa não seja resolvida através de negociação no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento da comunicação da parte reclamante, a disputa será resolvida mediante arbitragem a ser estabelecida de acordo com as Regras da Câmara de Comércio Brasil Canadá, na Cidade e Estado de São Paulo, Brasil, ou em qualquer outra localidade que as partes venham a escolher de comum acordo. [...]"

Houve instauração de procedimento arbitral (CCBC nº 25/2011, fls. 123/125), inclusive com aceitação da nomeação de todos os árbitros, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.307/96.

Como bem explicitado pelo Tribunal Arbitral, com a assinatura do termo de arbitragem as partes, consensualmente, outorgaram jurisdição para que o Tribunal Arbitral decidisse sobre a matéria idêntica submetida ao Poder Judiciário.

É o que basta para a manutenção da decisão vergastada, que afastou a atuação do Poder Judiciário, nos termos do art. 267, VII, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Por fim, ainda que admitida a hipótese de ajuizamento de execução enquanto pendente discussão acerca do cumprimento das obrigações em juízo arbitral, não há que se falar, aqui, em liquidez, certeza e exigibilidade do título executado.

Com efeito, alega a exequente, para o ajuizamento da execução, que é credora de R$ 624.095,28, quantia correspondente a US$ 307.800,00 (trezentos e sete mil e oitocentos dólares americanos) e descrita nas faturas emitidas em 09.01.2009 e 01.04.2010. Tratando-se o Instrumento e Prorrogação de títulos executivos extrajudiciais, nos termos do art. 585, II, do Código de Processo Civil.

O contrato, no entanto, não discrimina quais serviços seriam prestados e os valores de cada prestação. O que existe nos autos (fls. 30) é quadro descritivo do que seria feito e os valores que deveriam ser pagos até janeiro de 2007, sendo certo que o saldo em aberto seria decorrente de valores faturados em janeiro de 2009 e abril de 2010.

Neste ponto, o termo de prorrogação, firmado em outubro de 2007, não faz qualquer alusão a serviços, prazos e modo de aferição das execuções e as faturas supramencionadas jamais foram trazidas aos autos. Em suma, inexiste título executivo a embasar o ajuizamento da execução.

São estes os ensinamentos de Theotonio Negrão (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Editora: Saraiva, 42ª edição, página 745, nota Art. 585, 20ª):

“Não constitui título executivo o documento em que se consigna obrigação, cuja existência está condicionada a fatos dependentes de prova. É o que ocorre quando consista em contrato em que o surgimento da obrigação de uma das partes vincule-se a determinada prestação da outra. Necessidade, para instaurar-se o processo de execução, de que o exequente apresente título do qual, por si só, deflua a obrigação de pagar. Impossibilidade de a matéria ser remetida para apuração em eventuais embargos, que estes se destinam a desconstituir o título anteriormente apresentado e anão a propiciar a sua formação” (RSTJ 47/287, maioria). Em sentido semelhante, ponderando não constituir título executivo o contrato “passível de alegação da exceção de contrato não cumprido (art. 1.092 do CC)”: RT 717/166. O art. 1092 do CC rev. corresponde ao CC 476 e 477.”

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000010-86.2011.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante ELISSON FERREIRA TEIXEIRA (ESPÓLIO), é apelado GISLANE PEREIRA TOGNI.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26629)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente) e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 2 de junho de 2014.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Monitória. Cheques. Embargos rejeitados. Apelação do devedor. Cheque posterior ao falecimento do emitente. Assinatura em branco. Data preenchida pelo favorecido. Possibilidade. Inteligência da súmula 387 do STF e artigo 16 da Lei nº 7.357. Precedentes do TJSP. Réu que não conseguiu demonstrar qualquer fato que impedisse ou modificasse o direito do autor. Ônus que lhe impunha. Art. 333, inciso II, do CPC. Título hígido. Princípio da cartularidade. Doutrina. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuidam os autos de ação monitória ajuizada por Gislaine Pereira Togni em face de Elisson Ferreira Teixeira lastreada em cheque no valor de R$ 10.000,00. A r. sentença rejeitou os embargos monitórios constituindo, ato seguinte, o título executivo judicial. Inconformado, apelou o vencido. Sustenta a inexigibilidade do título, alegando que o emitente faleceu antes da emissão da cártula. Recurso processado em seguida.

É o relatório.

Gislaine Pereira Togni ajuizou ação monitória em face de Elisson Ferreira Teixeira lastreada em cheque prescrito e não compensado.

Rejeitados os embargos, a r. sentença constituiu-o em título executivo judicial e condenou o réu ao pagamento [fls. 159/161].

Inconformado, apelou o vencido. Sustenta a inexigibilidade do título uma vez que esse foi emitido depois do falecimento do devedor.

Acesso ao Sumário

O inconformismo, contudo, não prospera.

O devedor insiste na tese de que o cheque foi emitido depois do falecimento do emitente, e que, assim, é necessário verificar a *'causa debendi'* do título.

O fato é que o emitente - falecido em 16 de setembro de 2008 - não preencheu a data de emissão do cheque, deixando ao critério da favorecida completá-lo, o que é permitido [fls. 27].

Conforme a Súmula 387 do Egrégio Supremo Tribunal Federal: *"a cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto".*

Ademais, o artigo 16 da Lei do Cheque permite a emissão do chamado "cheque em branco", ressalvando que, se o título for completado de forma contrária ao convencionado com a emitente, o fato não serve de motivo de oposição ao portador, salvo esse o tenha adquirido de má-fé.

No caso, não há provas de que houve preenchimento abusivo.

Nesse sentido:

"Embargos do devedor - Cambial - Cheque sem data - Validade - Data completada pelo portador - Art. 16 da Lei do Cheque - Ônus a cargo do emitente de provar o preenchimento abusivo e a posse de má-fé - Alegação de prática usurária do embargado - Prova testemunhal inconclusiva - Alegação de usura pecuniária, cuja conseqüência não é a nulidade do negócio, mas a conformação da taxa de juros à Lei de Usura - Expurgo tão-só do valor que o exeqüente confessou ter recebido - Embargos parcialmente procedentes - Recurso desprovido." [cf. TJSP, Apel. nº 0041860-74.2006.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Cerqueira Leite, d.j. 09.02.11].

"Embargos a execução - Cambial - Cheque - Alegação de prescrição da dívida, preenchimento abusivo da data de emissão do título - Preenchimento abusivo não caracterizado - Título válido como ordens de pagamento à vista - Embargos improcedentes - Apelação provida - Sentença reformada." [cf. TJSP, Apel. nº 9166569-23.2009.8.26.0000, 21ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Ademir Benedito, d.j. 10.02.10].

Acesso ao Sumário

O réu nada comprova em seu favor, como lhe cabia fazer, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, provando o fato impeditivo ou modificativo do direito do autor.

Em outras palavras, sendo o título de crédito formalmente perfeito, caberia ao devedor, que suscita a discussão da *'causa debendi'*, o ônus de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, devendo fazê-lo por meio de prova irrefutável, cabal e convincente, o que não foi realizado pelo apelante.

Nesse sentido:

"Ação Monitória. Cobrança. Cheques. Emitente que não nega as emissões. Alegação de que os cheques foram dados para pagamento de serviços que não foram prestados. Irrelevância, no caso, pois tendo o título

circulado não pode ser oposta exceção pessoal ao terceiro portador de boa-fé. Juros a partir da apresentação do cheque ao banco sacado, pois desde então resta configurada a mora do devedor. Recurso não provido. 'Quando alguém assina um cheque, expressa sua concordância com a negociação do crédito, pelo sacado, junto a terceiros desconhecidos, perante os quais não poderão ser opostas exceções fundadas na relação originária do título. Todo o complexo normativo decorrente dos princípios da cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais, e demais regras próprias aos títulos de crédito são, desse modo, aceitas pelo emitente, no momento do saque. Ninguém está obrigado a documentar sua dívida por cheque; se o faz, concorda em vir a pagar, eventualmente, o valor do título a terceiro portador de boa-fé, mesmo que tenha razões juridicamente válidas para questionar a existência ou extensão da dívida, perante o credor originário'" [grifo nosso] [cf. TJSP, Apel. nº 0025326-59.2009.8.26.048, 11ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 03.02.11].

De outro lado, a pretensão do credor está fundada em título original que basta à fundamentação da ação monitória.

Isso porque cheque *"é o título cambiário abstrato formal, resultante de mera declaração unilateral de vontade, pelo qual uma pessoa, designada emitente ou sacador, com base em prévia e disponível provisão de fundos em poder de banco ou instituição financeira a ele assemelhada por lei, denominado sacado, dá contra o banco, em decorrência de convenção expressa ou tácita, uma ordem incondicional de pagamento à vista, em seu próprio benefício ou em favor de terceiro, intitulado tomador ou beneficiário"* [cf. Luiz Emygdio F. da Rosa Jr, Títulos de Crédito, 4ª Edição, Editora Renovar, 2006].

Desse modo, porque escorreita, mantém-se integralmente a r. sentença de Primeiro grau.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020797-38.2010.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante LINDINALVA MARIA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ERIKA ANGELO GARCIA.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.431)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES

Acesso ao Sumário

VARJÃO (Presidente), NESTOR DUARTE e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY.

São Paulo, 2 de junho de 2014.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Bem móvel. Ação de indenização por danos morais. Alegação da autora de que, ao buscar o estabelecimento comercial da ré para conserto ou troca do vestido que adquiriu, teria sofrido graves ofensas verbais e ameaças, sentindo-se humilhada. Autora que não se desincumbiu de produzir provas convincentes de suas alegações, ou seja, do fato ensejador do suposto dano moral.

Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 103/107, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação de reparação de danos morais e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, observado o disposto nos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50.

Apela a autora (fls. 109/113). Sustenta que a r. sentença baseou-se apenas no depoimento da testemunha da ré, que foi evasiva e não ouviu muito bem a discussão. Aduz que sua testemunha, de outro lado, soube esclarecer com detalhes a ofensa praticada pela ré, que foi covarde a se valeu da profissão da autora para humilha-la. Afirma que a humilhação sofrida está muito além do mero dissabor, mágoa ou irritação, tanto que saiu da loja chorando e sem condições de retornar ao trabalho. Argumenta que tais fatos, comprovados durante a instrução, dão ensejo à indenização por dano moral. Por isso, requer a reforma da r. sentença.

Recurso contrariado (fls. 115/119).

É o relatório.

Relata a autora, na inicial, que adquiriu um vestido na loja de propriedade da requerida e, ao chegar em casa, percebeu que estava "queimado de ferro" e com marca de caneta. Afirma, ainda, que o vestido descosturou enquanto o usava em uma festa. Alega que retornou ao estabelecimento no dia seguinte, oportunidade em que a requerida se comprometeu a consertá-lo. Porém, passadas duas semanas, o vestido não foi reparado, nem trocado, tendo sido ofendida, humilhada e ameaçada pela ré. Aduz que compareceu à delegacia para lavrar boletim de ocorrência, para onde a requerida também se dirigiu. Noticia que se

Acesso ao Sumário

compuseram quanto ao valor do vestido, que lhe foi integralmente restituído, mas que busca, por meio desta demanda, a reparação dos danos morais, estimados em 100 salários mínimos, correspondentes, à época, a R$ 51.000,00.

Em sua contestação, a requerida nega que tenha em qualquer momento ofendido a honra da requerente. Afirma, ainda, que foi ela, juntamente com seu marido, quem perpetrou ameaças.

Após a apresentação de réplica e produção de prova oral em audiência, sobreveio a r. sentença, que julgou improcedente o pedido da autora, ao fundamento de que esta não se desincumbiu de comprovar os fatos constitutivos do seu direito.

Embora ambas as partes confirmem que compareceram à delegacia de polícia na data dos fatos, nenhuma delas juntou aos autos boletim de ocorrência, do que se conclui que, após a composição amigável e devolução à autora do valor pago pelo vestido, desistiram ambas de formalizar a ocorrência.

Assim, as testemunhas ouvidas constituem a única prova produzida nos autos para elucidar o que de fato ocorreu durante a alegada discussão entre as partes. Seus depoimentos, porém, apresentam versões diametralmente opostas.

Patrícia Ramos Ferreira, amiga da autora que a teria acompanhado à loja para retirar o vestido, afirmou que a ré já saiu de dentro de uma sala agredindo a autora com palavrões, dizendo para se retirar da loja e ir lavar banheiro, tentando inclusive agredir a ambas. Disse que não havia outras pessoas no local (fls. 84/87).

De outro lado, Regina Maria Wandeur, cliente da loja, que disse ter presenciado a discussão, negou que a ré tenha mandado a autora "lavar banheiro", acrescentando que a requerente é quem ameaçou a ré, afirmando que "mandaria seu marido". Asseverou que a autora "chegou a maltratar a Érika" e que não havia mais ninguém na loja (fls. 89/92).

O conjunto probatório é frágil e inconsistente, incapaz de sustentar as alegações da autora e demonstrar satisfatoriamente os fatos constitutivos do seu direito, notadamente quanto às supostas ofensas verbais e ameaças por parte da ré, fato que foi negado por ela e, portanto, dependia de prova, a meu ver, mais robusta. Nem sequer é possível ter certeza qual testemunha efetivamente presenciou a discussão, se é que alguma delas estava no local, pois ambas negam que houvesse mais alguém além das partes e delas próprias.

Sem demonstração da conduta lesiva do suposto ofensor, que juntamente com o dano e o nexo de causalidade é um dos pilares da responsabilidade civil, não há como impor à recorrida o dever de indenizar. Essa prova, diante da escassez e inconsistência dos elementos coligidos, não foi produzida de forma satisfatória.

A propósito, confiram-se precedentes desta Col. Câmara em casos

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

semelhantes:

Ementa: Prestação de serviços. Ação de obrigação de fazer. Descumprimento do contrato firmado pelas partes evidenciado pela prova pericial. Danos morais. Ausência de prova acerca de pretensa ofensa de natureza verbal, não sendo passível de indenização, igualmente, situação que constitui mero dissabor cotidiano. Sentença mantida. Recursos improvidos. (Apelação nº 9233078-72.2005.8.26.0000, Rel. Des. NESTOR DUARTE, j. 02.02.2009).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - OFENSAS VERBAIS - ÔNUS DA PROVA - CULPA DAS REQUERIDAS NÃO DEMONSTRADA - DESACOLHIMENTO. A responsabilidade civil no sistema jurídico pátrio tem como pressuposto o prejuízo da vítima, o ato culposo do agente e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. A inexistência de comprovação da tríplice concorrência implica no desacolhimento da ação. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação nº 9179903-66.2005.8.26.0000, Rel. Des. EMANUEL OLIVEIRA, j. 03.10.2007).

Há indícios apenas de que as partes tiveram uma discussão mais acalorada, podendo até ter ocorrido ofensas verbais de uma para a outra, mas a demonstração inequívoca de que a requerida - e apenas ela - ameaçou e humilhou a autora, isso não há.

Em suma, o conjunto probatório não se mostra hábil a sustentar a versão da autora, ao menos não sem uma margem razoável de dúvida sobre como realmente se desenrolaram os fatos na ocasião em que compareceu ao estabelecimento da ré.

Não se desincumbindo a apelante do ônus de comprovar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, não havia outra solução para a lide que não a improcedência.

Correta, portanto, a r. sentença, que está de acordo com os elementos constantes dos autos e o direito aplicável à espécie, merecendo integral confirmação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009130-52.2011.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PARQUE DAS FLORES, é apelado CARLOS LEONE ROSSI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19778)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e SOARES LEVADA.

São Paulo, 9 de junho de 2014.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: DESPESAS CONDOMINIAIS - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - MULTA POR INFRAÇÃO AO REGULAMENTO INTERNO - EXCLUSÃO - NECESSIDADE - SENTENÇA MANTIDA.

Apelação improvida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 89/92, com preparo às fls. 93/94), interposta contra a r. sentença de fls. 78/85, cujo relatório se adota, proferida pelo MM. Juiz de Direito Antônio Roberto Andolfato de Sousa que julgou parcialmente procedente a ação para afastar a exigência quanto à multa de R$ 140,37, incluída na mensalidade vencida em 10/02/2011, e improcedente quanto à pretensão de afastar os juros da mora. Diante da sucumbência recíproca, cada parte pagará a metade das custas processuais, compensando-se a verba honorária, lembrando ser o autor beneficiário da Justiça Gratuita (art. 12 da Lei 1060/50).

Alega o réu-apelante, em síntese, que o apelado infringiu o art. 24 do Regimento Interno, bem como o art. 1336, IV, do Código Civil, razão pela qual foi notificado em 03/11/2010, mas não se manifestou, e somente em fevereiro de 2011 a multa lhe foi imposta e incluída no boleto, de modo que não houve desrespeito às formalidades para a imposição da penalidade, como fundamentou o MM. Juízo "a quo". Requer o provimento do recurso.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 95).

Sem contrarrazões (fl. 97).

É o relatório.

O autor ajuizou ação de consignação em pagamento alegando, em resumo, que é proprietário da unidade autônoma nº 14-G, do condomínio-réu, o qual inseriu juros de mora acima do permitido pela lei nas mensalidades vencidas no período de outubro a dezembro de 2010 e janeiro a fevereiro de 2011, bem

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

como incluiu multa de R$ 140,37 na mensalidade vencida em 10/02/2011, por suposta infração ao regimento interno, ou seja, vazamento de óleo na garagem de sua propriedade (fl. 04/05).

A r. sentença consignou ser indevida a multa cobrada a título de infração, sob o fundamento de que notificação enviada ao condômino estava em descompasso com a identificação aposta nos boletos (fl. 81), bem como não foram respeitadas as formalidades para a imposição da penalidade (fl. 82).

Acertadamente decidiu o magistrado.

O documento de fls. 43 consiste de um alerta para que o condômino regularize o suposto vazamento de óleo na garagem, não se vislumbrando qualquer especificação quanto à multa pretendida.

Não há qualquer especificação de quando se deu a infração, qual o critério adotado para a imposição, se a imposição foi feita de forma escrita, quando se deu a notificação do condômino infrator e se foi dada oportunidade para a defesa da eventual infração.

Ou seja, nada há de concreto a justificar a imposição de multa ao apelado, por infração ao regulamento interno.

Note-se que, segundo o constante do Capítulo IX, "Das Penalidades", cláusula trigésima quinta, parágrafo único, da Convenção Condominial (fl. 31), "*A multa será imposta e cobrada pelo Síndico ou Administradora, ouvido o Conselho, com o curso do interessado à Assembléia Geral.*"

Portanto, não há nos autos, além do já referido, comprovação inequívoca da legitimidade, bem como dos critérios objetivos, para a imposição da multa que se pretende cobrar do apelado.

Destarte, atendo-se aos elementos constantes dos autos, de rigor a manutenção da r. sentença. Ademais, aceitando-se a imposição, da forma como pretendida pelo ora apelante, abre-se um precedente muito perigoso, tornando o condômino vulnerável, suprimindo-lhe o direito constitucionalmente garantido à ampla defesa.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022687-78.2011.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante JOÃO BOSCO LOPES, é apelado CARLOS DA SILVA LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

“Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.913)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), MARINO NETO e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 5 de maio de 2014.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO - Ação monitória - Prazo - Cobrança lastreada em cheques - Hipótese em que as razões da inicial dão conta de que a cobrança está fundada na cártula prescrita em si - Incidência do prazo prescricional de cinco anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil - Hipótese em que não houve a fluência do prazo prescricional quinquenal entre a emissão da cártula e a propositura da ação - RECURSO PROVIDO NESSA PARTE, para afastar a prescrição.

MONITÓRIA - Cheque formalmente em ordem - Desnecessidade de discussão da “*causa debendi*” - Hipótese de aplicação do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais a terceiro de boa-fé - Inexistência de provas de que o autor embargado, ao receber o cheque, tenha agido com má-fé - RECURSO PROVIDO NESSA PARTE.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em ação monitória proposta por JOÃO BOSCO LOPES contra CARLOS DA SILVA LIMA, reconheceu a ocorrência de prescrição da pretensão do autor, e julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, condenando, ainda, o requerente ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (fls. 45/47).

Inconformado, recorre o autor. Sustenta que o cheque que aparelha a ação não teve a sua autenticidade impugnada pelo réu, razão pela qual este deve pagar o valor subscrito no título. Argumenta que não ocorreu a prescrição, pois o prazo prescricional para ajuizamento de ação monitória fundada em cheque prescrito é de 5 (cinco) anos.

Recurso recebido e contrariado (fls. 75/76).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Depreende-se da inicial que o autor embargado, ora apelante, ajuizou ação monitória lastreada em cheque no valor de R$ 10.295,00 (fl. 12).

O réu opôs embargos, por meio dos quais alegou que assinou o cheque sem preencher o valor e entregou o título a seu ex-motorista, Sr. Yoshime Shymisu, para que abastecesse o veículo de propriedade do requerido. Argumentou que o referido funcionário utilizou o título para pagamento de dívida de jogo, tendo preenchido o cheque e o entregado ao autor.

A pretensão do autor, ora apelante, merece acolhida.

Inicialmente, consigne-se que não há que se falar em prescrição.

No caso, deve-se aplicar o quanto disposto no artigo 206, § 5º, I, do CC, que traz disposição específica sobre o tema, dispondo que:

"*Art. 206. Prescreve:*

(...)

§ 5º Em 5 (cinco) anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

(...)".

É que as razões da petição inicial evidenciam que a cobrança está fundada na cártula prescrita em si, sendo que não foi declinada a causa subjacente.

Em caso análogo, entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos de que trata o artigo 206, § 5º, I, do Código Civil*"

(STJ, AgRg no REsp 1011556/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 27/05/2010).

"*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE PRESCRITO. AÇÃO MONITÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL.*

A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil. Recurso Especial improvido"

(STJ, REsp nº 1038104, RECURSO ESPECIAL 2008/0052059-9, Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. 9.06.2009, DJe 18/06/2009).

Ainda, julgados desta Câmara:

"*Prestação de serviços escolares - Monitória - Cheques - Prescrição*

Acesso ao Sumário

afastada - Art. 206, § 5º, inciso I, do CC - Entendimento do E. STJ - Prazo prescricional de 5 anos - Procedência do pedido - Recurso provido."

(TJSP, Apelação nº 9075959-09.2009.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Gil Coelho, j. 19.09.2013).

"*PRESCRIÇÃO - Apelação - Sentença que reconhece a prescrição da ação - Ação monitória fundada em cheque prescrito - Prazo prescricional previsto no art. 206, § 5º, I, do CC - Início após o término do prazo para ajuizamento das ações cambiárias - Não ocorrência da prescrição - Sentença anulada, com ordem de prosseguimento da ação. Recurso provido para afastar o decreto de extinção e determinar o regular prosseguimento do feito.*"

(TJSP, Apelação nº 0055021-46.2008.8.26.0562, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marino Neto, j. 01.08.2013).

Ainda, confira-se o teor da Súmula nº 18 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"Súmula 18: Exigida ou não a indicação da causa subjacente, prescreve em cinco anos o crédito ostentado em cheque de força executiva extinta (Código Civil, art. 206, § 5º, I)".

Assim, considerando que a cártula foi emitida em 22 de setembro de 2006, e a presente ação foi proposta em 13 de julho de 2011, forçoso concluir que não decorreu o prazo prescricional quinquenal acima mencionado.

Assim, deve-se afastar o reconhecimento da prescrição.

Superada tal questão, verifica-se que o feito encontra-se em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

No caso, a relação jurídica que deu origem à emissão do título foi celebrada com pessoa estranha à lide e o cheque transferido ao autor, terceiro de boa-fé, o que impede a discussão sobre a "*causa debendi*".

Com efeito, o cheque é título de crédito dotado de abstração, autonomia e literalidade. Assim, uma vez colocado em circulação, desvincula-se da relação em que teve origem, sendo inoponíveis ao terceiro de boa-fé as exceções pessoais que o emitente tenha contra o beneficiário original.

Deste modo, sem nenhuma relevância a alegação de que o valor inscrito nos títulos não seria exigível porque o réu alega que jamais celebrou qualquer negócio com o apelante.

Ressalte-se que cabia ao réu apelante trazer provas de que o autor teria atuado com má-fé, ônus do qual não se desincumbiu.

Ademais, não se pode perder de vista que o título continua na posse do autor, cuja boa-fé é presumida e só poderia ser infirmada com prova robusta da má-fé que não veio aos autos.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

"Cheque prescrito. Cessão de crédito. Inexistência. Instituto de Direito Civil. Endosso sem data. Presunção de que se realizara antes do término do prazo de apresentação do cheque (art. 27 da Lei nº 7.357/85). Notificação do emitente. (art. 290 do CC). Desnecessidade. Exceção pessoal. Inoponibilidade a terceiro de boa-fé. Embargante que não demonstra a existência de má-fé por parte do embargado (art. 333, II, CPC). Cheque sob posse do embargado. Presunção de subsistência do débito (art. 324 do CC). Obrigação de pagar idônea. Recurso desprovido."

(TJSP, Apelação nº 0000058-73.2011.8.26.0145, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rômolo Russo, j. 04.07.2013).

Assim, sendo lícita a cobrança, de rigor a improcedência dos embargos à monitória.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso e, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgo a matéria de fundo, rejeitando os embargos à monitória, declarando constituído o título executivo judicial pelo valor de R$ 10.295,00, com correção monetária a partir da distribuição e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, além das custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015152-71.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A (SUCESSOR DO BANCO SANTANDER S/A), é apelado JOSÉ BATISTA OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13985)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

TASSO DUARTE DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS. Contrato de abertura de conta corrente. Conta inativa. Cobrança

de tarifas e encargos. Ausência de prova da origem do débito, ônus do banco réu. Art. 333, II, do CPC. Débito inexigível. Apontamento indevido em cadastro de inadimplentes. Dano moral *in re ipsa*. *Quantum* reparatório mantido em R$ 10.000,00. Razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Banco Santander Brasil S/A (fls. 98/112) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Santos, Dr. José Alonso Beltrame Júnior (fls. 93/96), que julgou procedente o pedido deduzido na ação de reparação de danos ajuizada por José Batista Oliveira em face do Apelante para declarar a inexistência do débito objeto da lide e condená-la a reparar os danos morais causados ao Apelado, fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sustenta o Apelante (a) que o Apelado não teria negado a contratação de abertura de conta corrente, tendo, inclusive, ciência da sua condição de correntista, ante o envio mensal de extratos à sua residência; (b) a negligência do Apelado ao gerir sua conta bancária, ante a afirmação de que teria se esquecido da mesma; (c) que a manutenção da conta bancária do Apelado geraria um custo (tarifas), debitado mensalmente, custo este devido e regulamentado pelo Banco Central; (d) que, quando da abertura da conta corrente, já seria contratado também um limite de crédito ("cheque especial"); (e) a regularidade da inscrição do nome do Apelado no cadastro de devedores inadimplentes; (f) a ausência de culpa pelos supostos danos experimentados pelo Apelado; (g) a falta de prova do alegado dano moral; (h) a inexistência de dano moral, mas mero dissabor; e (i) o exagero na fixação do valor da condenação, devendo ser reduzido para R$ 2.000,00 (dois mil reais). Pugna pela reforma total ou parcial da r. sentença.

O recurso é tempestivo.

Não foram ofertadas contrarrazões (fls. 116).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Sustenta o autor, ora Apelado, que, apesar de ter firmado proposta de abertura de conta corrente com o banco réu, ora Apelante, em setembro de 2006, jamais recebeu da instituição financeira confirmação da abertura da conta, tendo se esquecido do pedido que fez, dando por não concluída a referida proposta.

Acesso ao Sumário

No entanto, o Apelante manteve conta corrente em nome do Apelado e, durante alguns meses, lançou tarifas e encargos de manutenção, culminando no débito apontado no cadastro de devedores inadimplentes.

Os extratos de fls. 65/87 confirmam as alegações do Apelado de que firmou proposta de abertura de conta em setembro de 2006 e jamais a movimentou.

O Apelante, por sua vez, com exceção dos extratos supra referidos, não trouxe aos autos qualquer documento que demonstrasse a efetivação da proposta ou a contratação dos encargos que foram lançados na conta bancária do Apelado.

Conforme bem decidiu a r. sentença:

"Em tal contexto, sem contratação formalizada ou movimentação da conta corrente, abusiva e ilegítima foi a prática do réu de lançar débitos ano a ano até que se acumulassem para apontamento em órgão de proteção ao crédito." (fls. 94)

Frise-se que o banco Apelante sequer demonstrou a origem do primeiro débito da conta corrente objeto da lide, lançado em 20/09/2006 como "TRF DE SAL", no valor de R$ 52,69 (cinquenta e dois reais e sessenta e nove centavos), conforme aponta o extrato de fls. 65.

Pela leitura dos demais lançamentos, verifica-se tratarem-se somente de tarifas de manutenção de conta e de encargos moratórios, não havendo qualquer movimentação ativa por parte do Apelado.

Foi assim que um saldo negativo originário no valor de R$ 52,69 (cinquenta e dois reais e sessenta e nove centavos), de origem não comprovada, se transformou no expressivo débito de R$ 4.777,85 (quatro mil setecentos e setenta e sete reais e oitenta e cinco centavos) (fls. 17) em pouco mais de 1 (um) ano!

Assim, não comprovada a aceitação do Apelado quanto às tarifas e encargos incidentes sobre a conta corrente objeto da presente ação, tampouco a origem do débito, ônus que cabia ao Apelante, nos termos do art. 333, II, do CPC, inexigível é a dívida e, portanto, indevido é o apontamento do nome do Apelado nos cadastros de inadimplentes.

Por sua vez, o dano moral decorrente da negativação indevida é *in re ipsa*, ou seja, não depende de prova do efetivo prejuízo, mas decorre apenas do fato da coisa, consoante pacífico entendimento desta C. Câmara (Ap. 0210316-36.2010.8.26.0100, Rel. Sandra Galhardo Esteves, j. 24/03/2014; Ap. 9000011-50.2010.8.26.0348, Rel. José Reynaldo, j. 10/03/2014; Ap. 0017720-76.2011.8.26.0007, Rel. Jacob Valente, j. 07/02/2014).

Sendo assim, correta a r. sentença ao condenar o Apelante à reparação do dano moral, pois caracterizado o nexo de causalidade entre o ato ilícito por ele praticado e o dano moral sofrido pelo Apelado.

No tocante ao valor da condenação, embora a lei não estabeleça parâmetros para fixação dos danos morais, impõe-se ao magistrado observar os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a arbitrá-los de forma moderada, que não seja irrisório a ponto de não desestimular o ofensor, e que não seja

Acesso ao Sumário

excessivo a ponto de configurar instrumento de enriquecimento sem causa.

Na espécie, há de se levar em conta, de um lado, a elevada extensão do dano, considerando-se o valor levado a apontamento, de R$ 4.777,85 (quatro mil setecentos e setenta e sete reais e oitenta e cinco centavos) e, de outro, a gravidade da conduta do Apelante que, mesmo diante da ausência total de movimentação da conta bancária do Apelado desde o início, persistiu no lançamento de tarifas e encargos, permitindo um acréscimo de aproximadamente 9000% (nove mil por cento) ao valor original do saldo devedor em pouco mais de um ano.

Dessa forma, de rigor a manutenção do *quantum* reparatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais), suficiente para reparar os danos morais sofridos pelo Apelado e inibir que o Apelante incorra em condutas análogas.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006871-50.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante S. R. RIO PRETO CONFECÇÕES E ACESSÓRIOS LTDA., são apelados JORGE RAPHE FILHO e JAIR DA SILVA NASCIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.369)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA - Inexigibilidade de cheque emitido em pagamento de serviço não concluído, sustado na instituição financeira e com promessa de devolução pelo portador, que ao contrário, endossou-o para outrem que o apontou para protesto - Pedido cumulado de indenização por danos morais em razão do apontamento para protesto - Pretensão julgada antecipada e parcialmente procedente em primeiro grau de jurisdição, apenas

para declarar a inexigibilidade perante o beneficiário, em razão da impossibilidade de oposição de exceção pessoal contra o terceiro de boa-fé, além da efetiva sustação do protesto descaracterizar o dano moral - Irresignação recursal da autora sustentando ter ocorrido cerceamento de defesa pela não exibição do cheque para aferição do efetivo endosso, ficando presumida a má-fé dessa transferência, além do efetivo dano moral sofrido com o indevido apontamento para protesto - CERCEAMENTO DE DEFESA - Julgamento antecipado da lide - Não ocorrência, quando o juiz reputa despicienda a produção de novas provas - ENDOSSO - Notificação emitida pelo Tabelionato de Protestos, que goza de fé pública, que aponta a inexistência de endosso e como beneficiário direto o terceiro da relação jurídica - Circunstância que, somada ao fato de ambos os réus serem citados simultaneamente no mesmo endereço, indica que a impossibilidade de circulação do cheque pela inexecução dos serviços era de seu conhecimento, de modo que o preenchimento do nome do outro como beneficiário apenas teve o condão de alcançar a benesse do artigo 25 da Lei 7.385/85 e possibilitar o apontamento para protesto - Má-fé presumida e sem contraprova - Declaração de inexigibilidade oposta contra ambos os réus - Não caracterização, no entanto, do dano moral, em razão da efetiva sustação do protesto por meio de cautelar especifica, cuja finalidade era exatamente obstar qualquer publicidade - Sentença reformada - Apelação parcialmente provida.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com indenização por danos morais, porque o serviço de instalação de áudio e vídeo que ensejou a emissão dos cheques não foi concluído pelo respectivo prestador, Jair da Silva Nascimento, o qual, apesar de ter se comprometido à devolução das cártulas 271606 e 271607, endossou a primeira em favor de Jorge Raphe Filho, que veio a apontá-la em protesto, evitado pelo manejo da cautelar de sustação em apenso.

Devidamente citados, apenas o endossatário contestou (fls. 31/43), razão pela qual na sentença de fls. 57/63 as pretensões principal e cautelar foram

julgadas antecipada e parcialmente procedentes, para declarar a inexigibilidade do cheque 271606 apenas em relação ao endossante, pela revelia, não atingido o terceiro de boa-fé, o corréu Jorge Raphe Filho. Entendeu ainda que o aborrecimento sofrido com o apontamento para protesto, não efetivado, não autoriza indenização por danos morais.

A autora, insatisfeita, apela (fls. 65/76), alegando, em síntese, cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, sem a exibição da cártula para aferição se o endosso foi feito de má-fé, o que se acha presumido. Aduz, ainda, que apesar de sustados na casa bancária, o cheque em discussão foi objeto de apontamento a protesto, somente não efetivado pela liminar conquistada na ação cautelar, o que legitima o pedido de indenização por dano moral.

O recurso é tempestivo, com preparo comprovado as fls. 78/79.

Contrarrazões somente do corréu Jorge as fls. 81/96.

Redistribuição determinado pelo acórdão de fls. 105/110 em razão da competência recursal.

Regularmente intimados, **não** houve oposição ao rito de julgamento preconizado pela Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 114 e 116).

Eis o breve relatório.

2. Em primeiro lugar, a apelante sugere que o julgamento antecipado lhe cerceou do direito de aferir a titularidade do cheque pelo exame do endosso. Não tem razão.

JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS **(Comentários ao Código de Processo Civil. Rio: Forense, 2001. 8ª ed., vol. III, p. 426)**, sobre o julgamento antecipado por desnecessidade da instrução, preleciona:

> **“Examinados pelo juiz, com ou sem argüição do réu, os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo, bem como as condições da ação e sanadas as irregularidades ou nulidades, se desse exame não decorre a extinção do processo, cumpre ao juiz proferir julgamento segundo o estado do processo conhecendo diretamente do pedido ou simplesmente saneando o feito.”**

A necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado **(RTJ, vol. 115/789)**.

E ainda, no nosso sistema processual, a produção de prova **é meio** de convencimento do Juiz (artigo 131 do C.P.C.).

Nessa senda, a própria notificação do apontamento para protesto emitido pelo 2º Tabelionato de Protesto de Letras e Títulos de São José do Rio Preto,

Acesso ao Sumário

órgão delegatório do Poder Público, tem **presunção de fé pública** quando afirma como portador e favorecido o corréu Jorge Raphe Filho, **não existindo endosso** (fls. 15, autos em apenso).

Assim, pelo que consta, o corréu Jorge não é endossatário formal no cheque, mas o próprio beneficiário, o que implica dizer que as cártulas foram emitidas com vazios, o que é perfeitamente lícito nos termos da Súmula nº 387 do Supremo Tribunal Federal.

Outro dado importante é que ambos os réus foram citados **simultaneamente e no mesmo endereço** (fls. 29 verso), mas somente Jorge contestou. É indício forte de unidade de desígnios, na medida em que Jair havia se comprometido à devolução dos cheques sustados pelo reconhecimento no inadimplemento da sua parte no contrato celebrado (fls. 24).

Assim, formou-se pelo conjunto probatório, a presunção de que ambos os réus tinham conhecimento da impossibilidade do cheque circular, por vício na causa subjacente, mas Jair o preencheu em favor de Jorge para alcançar as benesses do artigo 25 da Lei 7.357/85.

Segundo os ensinamentos de **Fran Martins**:

> **"Nos termos do art. 25, se uma pessoa for acionada pelo portador em virtude de um cheque, não pode opor ao mesmo as exceções fundadas em suas relações pessoais com o sacador ou com os portadores anteriores, salvo se o portador, ao adquirir o cheque, tiver procedido conscientemente em detrimento do devedor (correspondente ao art. 22 da Lei Uniforme)"** ***in*** **Títulos de Crédito - Cheques, Duplicatas, Títulos de Financiamento, Títulos Representativos e Legislação, Rio de Janeiro, Forense, 1998, 11ª ed., pág. 60.**

E, ainda que assim não fosse, se Jorge é o beneficiário formal do cheque, contra ele podem ser opostas exceções de natureza pessoal, não havendo na sua contestação qualquer impugnação pela não consolidação integral do serviço contratado.

Por qualquer ângulo que se analise, a má-fé é presumida, fato que demandaria prova em contrário pelos réus, que se escusaram da sua produção (fls. 55).

Por fim, o protesto não se consumou pela liminar concedida na cautelar em apenso, cuja finalidade era justamente impedir sua publicidade, fato que desautoriza a pretendida indenização por dano moral.

Assim a sentença fica reformada para declarar a inexigibilidade do cheque perante ambos os réus, determinando o cancelamento do protesto, permanecendo como recíproca a sucumbência.

3. Destarte, nos termos acima especificados, **dá-se provimento parcial**

Acesso ao Sumário

ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005135-58.2011.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante A.M.F. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado S.C.R..

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6512)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 7 de maio de 2014.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Regulamentação de visitas. Avô socioafetivo. Vínculo construído desde o nascimento dos menores que com ele residiram e aos quais prestou assistência por quatro anos até o final do relacionamento com a avó materna. Papel de avô desempenhado durante a convivência reconhecido pela ré. Visitas após a separação franqueadas pela genitora para evitar rupturas mais expressivas para as crianças. Autorização, inclusive, para pernoitar em outra cidade. Autor que continuou contribuindo para as despesas, dando roupas e alimentos para os menores. Visitas proibidas após desentendimentos com o atual companheiro da ré. Advertência sobre a instalação de alienação parental contra o avô socioafetivo. Ausência de prova de qualquer fato desabonador da conduta do requerente. Regime mínimo de visitas deferido. Reaproximação gradual. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 512/520, cujo relatório se

adota, que julgou improcedente a ação de regulamentação de visitas.

O autor, alegando ser avô socioafetivo dos menores B. e B., requer direito de visitação das crianças (fls. 171/174).

Recurso tempestivo, isento de preparo, recebido (fl. 175) e respondido (fls. 179/180). Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo não conhecimento/improvimento do recurso (fls. 187/192).

É o relatório. Fundamento e decido.

Conheço do recurso. Diante da improcedência do pedido do autor não há, a rigor, a necessidade de impugnar a sentença ponto por ponto. As razões do inconformismo são as mesmas daquelas apontadas na peça inicial, permitindo ao Tribunal, em razão do efeito devolutivo do recurso o exame de toda a matéria.

Quanto ao mérito, o recurso deve ser parcialmente provido para garantir ao autor o direito mínimo de visitas aos menores B. e B..

Nada obstante a ausência de vínculo consanguíneo entre as partes, restou evidenciado o vínculo socioafetivo construído entre o requerente e os gêmeos que com ele conviveram desde o nascimento até a separação entre o autor e a avó materna, quando tinham quatro anos de idade.

O estudo social realizado na casa da mãe dos genitores confirma as alegações do autor: "*A avó das crianças senhora M. A. conviveu por doze anos com o requerente senhor A. M. de F. e manteve em sua companhia a filha S., **grávida**, que estava sendo vitimizada por seu companheiro. **Durante quatro anos teria convivido com seus filhos na companhia da genitora e do requerente que até então prestava-lhes assistência e desempenhava o papel de avô das crianças***"(g.n.). Ainda: "*Após a separação o requerente manteve visitação às crianças, levando-as para sua casa nas cidades de ... e atualmente ...*".

Observa ainda, o assistente social R.P.O., que: "*As crianças **mantém laços de afetividade** pelo requerente tendo sua figura na condição de **avô***".

Naquele momento, diante de denúncias da genitora das crianças sobre as condições de higiene e atrasos na devolução após as visitas informais, o assistente social recomendou avaliação psicossocial no lar do requerente (fl. 69). O que foi feito.

Acesso ao Sumário

O relatório foi então acostado a fls. 85 e ss. e acaba por também corroborar as alegações iniciais de que, enquanto: "*... o requerente e a Sra. M. A. moravam juntos a requerida, Sra. S. , bem como seus filhos B. e B. (gêmeos) estiveram na companhia dos mesmos, estabelecendo entre eles (requerente, B. e B.) **laços de afetividade, apego e amor como se avô consanguíneo fosse***" (g.n.).

Restou claro que o distanciamento entre o requerente e os menores não se deu quando da separação. Tanto é que o próprio estudo psicológico que

contraindicou as visitas (fls. 101/103) reconhece que após o fim do relacionamento entre o autor e a avó das crianças, as visitas foram pela ré S. franqueadas "***para evitar rupturas mais expressivas para as crianças***" e que somente com a intervenção do atual companheiro é que a situação mudou. Natural que, passados mais de dois anos, nos quais as crianças foram desestimuladas a ver o autor, ou de chama-lo de "avô", deixassem de por ele demonstrar "*uma afetividade expressiva*" ou tenham adotado uma "*postura rejeitante e mesmo de recusa às visitas*" (sic), comportamento bem diferente daquele verificado **dois anos antes**, quando a figura do ex-companheiro de sua avó ainda era uma presença efetiva nas relações familiares.

Para o avô socioafetivo, no entanto, com 70 anos de idade, a passagem do tempo é relativa e, por isso, não produziu os mesmos efeitos deletérios nas recordações que tem dos netos afetivos. Tanto assim que a testemunha fl. 154, R.M.M., vizinha do autor e da requerida à época da convivência, confirma que "*as crianças chamavam o autor de avô*", que após a separação o autor "*continuou mantendo contato com as crianças, inclusive* ***mandando roupas, calçados e alimentos***" e que apenas quando S. contraiu outro relacionamento "*o autor ficou impedido de ver as crianças, inclusive está '**passando mal**' de saudades das crianças*".

A testemunha A.S.F., que conhece o autor há 15 anos, também confirmou a versão de que as crianças chamavam o requente de avô e que apenas a partir no novo relacionamento de S. é que as visitas foram proibidas.

Por outro lado, nada depõe contra o comportamento do autor ou de suas condições de moradia, esclarecendo a assistente social R.M.D. (fl. 86) que: "*Atualmente o requerente convive com a Sra. L., sua segunda companheira, descreve seu atual relacionamento como aprazível e que a sua convivente apoia a sua decisão, inclusive não se opõe que as crianças frequentem a sua casa*".

A narrativa feita pela requerida à psicóloga judiciária L.A.J.P., de que sofreu abusos sexuais "*perpetrados pelo então companheiro de sua genitora*" restou isolada nos autos, sem nenhum amparo probatório. Aliás, quando da primeira visita não foi o "*histórico de abusos sexuais praticados pelo autor*" que veio à tona, ao contrário, naquele momento a requerida descreveu-se vítima de abusos cometidos pelo então companheiro, razão de ter se refugiado, grávida, na casa de sua mãe e de A..

Ao que se verifica, portanto, nos autos, embora pequenos desentendimentos tenham surgido entre as partes, os conflitos não são insuperáveis e todos devem se esforçar para, da melhor forma possível, contribuir para o crescimento saudável dos meninos, estimulando seu convívio com aquele que, desde o nascimento, dedicou-lhes cuidados e contribuiu para as suas despesas. Do contrário, estar-se-ia abrindo campo para a instalação da alienação parental contra o avô

Acesso ao Sumário

socioafetivo, com evidente prejuízo também para as crianças.

Diante de tais circunstâncias, a r. sentença deve ser parcialmente reformada, para o fim de garantir um regime inicial mínimo de visitas em favor do autor, garantindo-se, desta forma, uma reaproximação gradual. Estabelece-se, para tanto, visitas quinzenais, apenas aos domingos, das 9 às 18 horas, observado que a retirada e devolução, deverá ser na residência da guardiã. Nos primeiros seis meses as visitas - a critério do magistrado - poderão ser monitoradas com relatórios bimensais e nas férias de janeiro e julho, ao avô, por hora, ficam garantidos os primeiros 10 dias, bem como o dia do avô e a manhã das vésperas de Natal e Ano Novo e a visita nos respectivos aniversários.

Ante o exposto, meu voto dá parcial provimento ao recurso, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0034786-34.2004.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e Apelante/Apelado ITAÚ SEGUROS S/A, são apelados RAPHAEL GRANDINO OLIVEIRA E SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), CARLA CHRISTINA GRANDINO (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e PEDRO PAIVA OLIVEIRA E SILVA (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e Apelado/Apelante DELLA SPINA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.145)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e FERREIRA DA CRUZ.

São Paulo, 27 de maio de 2014.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Infante que sofreu acidente na praça de alimentação do estabelecimento da ré Della Spina Comércio de Alimentos Ltda. (franqueada pela empresa Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda., ex-MacDonald’s), por conta do desprendimento

de uma tampa de mesa de granito que veio a cair sobre a criança, causando-lhe grave lesão na região da cabeça, acrescida de fratura na mão esquerda - Julgamento do feito principal e secundário apoiado na suficiência da instrução probatória - Cabimento - Nexo de causalidade entre o fato e o dano sofrido, devidamente demonstrado por verossímil prova testemunhal e documental (laudo pericial do Instituto de Criminalística da Polícia Científica e fotografias) - Dever de indenizar reconhecido - Dano extrapatrimonial *in re ipsa* - Responsabilidade que se estende solidariamente a empresa franqueadora - Manutenção da denunciada Seguradora Itaú Seguros S/A para responder pela condenação suportada pela litisdenunciante Della Spina - Fixação que deve ser apta para desestimular a reiteração de atos gravosos, sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento desproporcional à vítima - Manutenção do édito condenatório em 100 salários mínimos devidos solidariamente pelas empresas demandadas, que bem compõe a lesão experimentada - Conversão desta em moeda corrente na data do julgado monocrático (Art. 7º, IV, da Constituição Federal) - Manutenção da correção monetária e dos juros legais com base nas súmulas 362 e 54 do C. STJ - Verba honorária inalterada - Recursos desprovidos, com observação.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 721/729, acrescento que a sentença julgou procedente ação reparatória promovida pelo menor Raphael Grandino Oliveira e Silva contra Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (Ex-McDonald's) e sua franqueada, Della Spina Comércio de Alimentos Ltda., ante o reconhecimento dos danos sofridos pelo infante, envolvido em acidente com queda de um tampo de granito que se desprendeu da mesa existente em estabelecimento da segunda ré, causando-lhe lesão (corte) na cabeça e fratura na mão esquerda, fixando a reparação moral devida em 100 salários mínimos, a ser paga solidariamente pelas requeridas. Acolhida também a lide secundária para condenar a Seguradora Itaú Seguros S/A a reembolsar Della Spina Comércio de Alimentos pela indenização devida a vítima, respeitado o limite previsto contratualmente na apólice.

Volta-se, primeiramente, a empresa Arcos Dourados Comércio de

Acesso ao Sumário

Alimentos (ex-MacDnonald's), para insistir em suas razões recursais de fls. 742/757, em sua ilegitimidade passiva, uma vez que, na qualidade de mera franqueadora e cessionária de direitos, não poderia responder por eventual ilícito cometido por sua franqueada Della Spina Comércio de Alimentos, conforme lhe respaldam os termos contratuais firmados, sem contar que, a figura do franqueador não foi abarcada pela legislação consumerista, invocando, ainda, os artigos 265 e 932 do Código Civil e posicionamento jurisprudencial sobre o tema. No mais, defende que a perícia realizada pelo Instituto de Criminalística não foi conclusiva, daí porque, não poderia o julgador valer-se dessa duvidosa prova, exclusivamente. Nessa baliza, bate-se pela improcedência e, se este não for o entendimento, pugna pela redução do importe reparatório para não mais que cinco salários mínimos, bem como seja reduzida a verba honorária para o mínimo legal, pena de enriquecimento sem causa da vítima.

Na sequência, apela a seguradora Itaú Seguros S/A, reiterando, inicialmente, o agravo retido interposto às fls. 663/670, em face da decisão que indeferiu a participação do ressegurador (IRB), como também a produção de prova pericial e médica. No mérito da lide secundária, sustenta que sua recusa em figurar como parte nesta, se justifica porque a corré Della Spina não lhe comunicou à época sobre o sinistro. Este fato importa em descumprimento de cláusula contratual, uma vez que o acidente ocorreu em 20.08.2002, conquanto a apólice de seguro contratada tenha vigorado de 22/07/2002 a 31/10/2002. Defende a validade da cláusula 1.3 do contrato, por se tratar de prazo decadencial, pois a cobertura securitária prescinde de reclamação, tanto que a legislação assim o previa no artigo 1.457 do Código de 1916 e o atual artigo 771 do Código Civil. E, se mantida a condenação, o ressarcimento deverá ser o montante desembolsado pela segurada, "todavia restrito o reembolso aos limites contratados na apólice de seguro", com atenção ao pagamento de franquia obrigatória de R$ 1.250,00. No que toca à lide principal, sustenta que, ante a fragilidade da conclusão do laudo pericial, aliada ao depoimento do técnico José Cardoso dos Santos, afastam qualquer responsabilidade das rés pelo acidente, pois, ao que tudo indica, deve ter ocorrido "excesso de esforço sobre a mesa, o que certamente foi a causa do acidente". Alega ainda que, a despeito das lesões físicas sofridas pela vítima, não há prova isenta da suposta sequela psíquica dela resultante, pois, inúmeros outros problemas corriqueiros poderiam acometer crianças de qualquer idade (comportamental e familiar), daí porque inválida aquela produzida pela psicóloga contratada pelo autor a justificar pleito moral tão exacerbado. Alternativamente, pugna pela redução da verba reparatória e sua desvinculação do salário mínimo (vedação legal do artigo 7º da CF), ou que este seja auferido com base na data da prolação da sentença, acrescida de atualização monetária e juros de mora por aplicação da Súmula 362 do C. STJ. Por fim, requer a minoração da verba honorária tanto na lide primária como da

Acesso ao Sumário

lide secundária, pena de enriquecimento sem causa (fls. 777/794).

Por último, apela à loja franqueada Della Spina Comércio de Alimentos Ltda., sustentando que, ante a inexistência de sequelas permanentes na vítima, imperiosa a redução dos danos morais arbitrados, assim como alteração do cômputo dos juros moratórios a partir da citação, pena de afrontar entendimento da Súmula 54 do C. STJ e estimular o enriquecimento sem causa. Quanto à lide secundária, entende que o valor limite de ressarcimento da apelante deve obedecer "os mesmos critérios de incidência de juros e correção monetária da lide principal, sobe pena de redução desse valor pelo tempo do processo" (sic), acrescida da incidência de juros de 1% ao mês. Assim, "independentemente da manutenção ou não do critério de arbitramento do valor da condenação e da aplicação dos juros, na lide secundária, o critério de majoração do valor contratual limite para a indenização da apelante deverá ter o mesmo critério que o aplicado na condenação da lide principal" (fls. 800/805).

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 764/776, 818/824 e 826/832. Manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça às fls. 847/858 pela manutenção do julgado, alterando-se apenas a forma de cálculo da indenização prevista na sentença.

2. Analisa-se, primeiramente, o agravo retido interposto pela seguradora Itaú Seguros S/A (fls. 663/670), objetivando a denunciação à lide do IRB Brasil Resseguros, bem como a produção de prova pericial e médica.

Sem razão, contudo. Isto porque, como bem indeferido no saneador (fls. 610/615), "a instalação de uma quinta relação processual, além de retardar a prestação jurisdicional, apenas viria tumultuar o andamento do processo".

Aliás, não se pode perder de vista que a finalidade da denunciação, como modalidade de intervenção de terceiros, é satisfazer os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional, não cabendo sua aplicação quando coloquem em risco esses mesmos princípios. Não é por outra razão que a obrigatoriedade da denunciação se restringe às situações previstas nos incisos I e II, do artigo 70, do Código de Processo Civil, nas quais se transmitem direitos, mas não na hipótese de garantia imprópria, aí incluída a situação em tela, qual seja, a responsabilidade do "obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda", (inciso III, do citado artigo).

Da mesma forma, desnecessária a produção de prova pericial e médica, pois a realizada pelo Instituto de Criminalística de São Paulo (fls. 297/307), aliada ao testemunho da profissional da psicologia Fernanda de Oliveira (fls. 631/632), produziram subsídios suficientes para o correto desate da controvérsia sobre a existência do ilícito a ser indenizado.

Não destoou dessa convicção o entendimento do magistrado de primeiro

Acesso ao Sumário

grau, tanto que indeferiu tais provas (fls. 610/615), circunstância que não configura cerceamento de defesa, ante as prerrogativas legais conferidas pelos artigos 130, 436 e 437 do Código de Processo Civil.

Ademais, conforme nota 1b ao artigo 130 do CPC, anotado por Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luís Guilherme A. Bondioli, 42ª Edição - p. 247, "... sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre auferir sobre a necessidade ou não de sua realização: JTJ 317/189 (AP 964.735-0/3), RJM 185/213 (AP 1.0313.07.219415-9/001)".

Do exposto, descabida a denunciação à lide do IRB Brasil Resseguros, como também a produção de prova pericial e médica requeridas pelo litisdenunciado Banco Itaú, daí porque resta improvido o agravo retido.

Com relação ao agravo retido manejado pela litisdenunciante Della Spina Comércio de Alimentos Ltda. (fls. 673/674), reputo-lhe renunciado por falta de reiteração nas suas razões de apelo (fls. 800/805).

Passa-se, na sequência, à análise da preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pela empresa corré Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (Ex-McDonald's Comércio de Alimentos Ltda.).

Este também se afasta, pois, como bem fundamentado pelo magistrado *a quo*, com lastro no contrato de franquia de fls. 152/191 é ela "quem confere a terceiros o direito de usar a marca no País e de agir, perante o público, como se fosse ele mesmo; e por estabelecer a rede de contratos, em função da qual terceiros podem explorar a distribuição de seus produtos e serviços, exercendo o mesmo ramo de atividade, numa relação complexa de preposição e representação autônoma (art. 933, III, do Código Civil, e 25 e 34 do Código de Defesa do Consumidor)" (fl. 724).

Nesse ponto, o parecer ministerial foi elucidativo ao enfatizar que a empresa corré "era franqueadora (rede McDonald's). O art. 12 do CDC prevê três tipos de fornecedores: (i) o fornecedor real, compreendendo o fabricante, o produtor e o construtor; (ii) o fornecedor presumido, como o importador de produto industrializado ou in natura; e (iii) o fornecedor aparente, aquele que apõe seu nome ou marca no produto final. A ré se enquadra nesse último tipo (...)" (fl. 712).

Acesso ao Sumário

E mais adiante, finaliza: "Como se vê, a ré responde objetivamente como fornecedora do serviço (cf. arts. 12 a 14 do CDC), ainda que seja fornecedora indireta, decorrendo sua responsabilidade também do vício do produto ou dos serviços (cf. arts. 18 a 20, 21. 21 e 23), já que 'havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação' (cf. §1º, do art. 25 do CDC)" (sic) (fl. 713/714).

Não se pode olvidar, ademais, que é a marca franqueada o grande chamariz da presença do consumidor no estabelecimento franqueado. Assim, se o contrato carrega toda a responsabilidade a este último, o ajuste vale apenas

entre os contratantes, que promoverão, depois da paga a indenização, os ajustes necessários, mas esse trato não afeta o direito do menor autor.

No mérito, é fato incontroverso nos autos, conforme se extrai da prova documental (fls. 12/24, 278/286 e 293/313), que por volta das 18 horas do dia 20 de agosto de 2002 o infante (contando à época com apenas 1 ano e 9 meses - fl. 10), acompanhado de seus parentes (fl. 02), sofreu acidente na praça de alimentação do estabelecimento réu Della Spina Comércio de Alimentos Ltda. (loja franqueada da rede MacDonald's), por conta do desprendimento de uma tampa de mesa de granito que veio a cair sobre a criança, causando-lhe lesão na região da cabeça, acrescida de uma fratura na mão esquerda.

Igualmente inconteste que, por conta do evento, a criança foi socorrida imediatamente pelos pais ao Hospital e Maternidade Voluntários, sendo realizada sutura do ferimento na cabeça, além de medicado (fls. 19/20) e, mais tarde, levada ao Hospital São Camilo, dali se constatando também fratura da mão esquerda que foi engessada (fls. 21/22).

Também é possível divisar que a criança sofreu trauma psicológico, conforme demonstrado pelo depoimento da profissional Fernanda de Oliveira que a acompanhou depois de oito meses do acidente (fls. 631/632).

Destaca-se, ainda, que sequer houve comprovação nos autos de que a empresa ré franqueada, no momento do relatado acidente, tenha prestado o devido socorro ou que tenha arcado com as despesas de tratamento médico realizado na vítima.

Pelo contrário, além de ausente qualquer profissional que pudesse orientar os pais do menor infante, não dispunham de nenhum aparato de primeiro socorros para minimizar a lesão, daí porque, não se pode afastar situação que autoriza majoração do dano moral indenizável.

Além do mais, a prova oral e documental colhida veio bem avaliada no *decisum* e se mostrou persuasiva na comprovação, tanto dos fatos descritos na inicial, como da culpa da loja ré Della Spina Comércio de Alimentos Ltda., assim como da corresponsabilidade de sua franqueadora Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda., pois, há toda evidência, contribuiu para que o evento danoso resultasse na lesão sofrida pela vítima.

Corrobora com a versão defendida na inicial, a contundente prova técnica produzida pelo Instituto de Criminalística de São Paulo, que forneceu subsídios suficientes para aferição de que o tampo que se desprendeu da mesa da loja ré Della Spina se deveu a defeito apresentado por falta de parafusação adequada na peça (fls. 297/307).

Destaca-se do laudo de engenharia a seguinte anotação: "Registrado na posição e situação conforme os anexos fotográficos e as observações locais, chamou atenção dos Peritos Criminais pelos elementos materiais constatados

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

por ocasião dos exames como sendo a mesa implexa recolocada e como sendo vestígios de dupla furação na fixação primeira (1ª) mesa do lobby externo junto ao play-groud, com características de recenticidade relacionados com a ocorrência”. (sic) (fl. 299 - sem grifo no original).

E mais adiante, acrescente-se que os expertos relataram que o “local não se encontrava preservado por policiais militares ou civis, sendo que a proprietária Sra. Maria Cristina R. F. Spina (franqueada) informou que o acidente teria ocorrido no dia 27/08/02 por volta das 18h15min horas, ocasião em que a criança vitimada se apoiou na extremidade da mesa para pegar o lanche e o tampo (da mesa) se desprendeu da sua fixação, tombando, atingindo a criança na cabeça”.

Por fim: “A franqueada informou também que as mesas externas sofrem constantes avariais devido ao fato dos adolescentes que frequentam o estabelecimento habitualmente sentarem sobre os tampos das mesas, sendo que última revisão ocorreu no dia 08/08/02, conforme apresentou-nos”.

Nesse particular, decisivo o depoimento do técnico José Cardoso dos Santos, preposto da empresa ré Della Spina (fls. 633/634), pois, o seu relato vai ao encontro ao apurado pela perícia técnica policial, tanto que disse em Juízo (fl. 726): “(...) no dia seguinte ao acidente, conferiu os parafusos da mesa em que o acidente se deu e constatou que todos estavam no local. Verificou que três desses parafusos estavam soltos. Disse que os tirou e colocou novos parafusos no lugar, usando o mesmo furo que havia no tampo da mesa, que era de fibra de vidro. Disse que não havia como fazer um novo furo. Falou que a rosca do furo estava espanada e que o tampo estava inteiro. Contou que a mesa fica num setor destinado a crianças, para festas e eventos. Falou que não acontece o fato de adolescentes se sentarem, indevidamente, nos tampos dessas mesas (...)”. (grifei).

Nesse tocante, não discrepa a conclusão perfilhado pelo julgador: “Como a virada do tampo de 30 quilos (fl. 633) causou lesões corporais no autor (fls. 12/16, 19, 21 e 279), entre as quais fratura na mão esquerda, e como ele experimentou, ainda, dano psicológico (confira-se o depoimento de fls. 631), o qual o afastou da escola que na época frequentava (fls. 27), então é correto responsabilizar a franqueadora e a franqueada, solidariamente, pelo fato do produto e do serviço, bem como atribuir a elas o dever de pagar uma compensação financeira pelo dano”.

E continua: “Nesses termos, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço, por vício de segurança: ‘O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos’”.

E conclui: “A lesão à integridade física do autor, conquanto culposa, sem intenção, por si só, gera dano moral, constrangimento, humilhação, sentimento

Acesso ao Sumário

de impotência e de desconsideração pessoal".

Logo, caracterizado o ilícito e o abalo sofrido, já que sequer é possível a invocação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, ante a previsibilidade do acidente, que poderia ser evitado, a busca da indenização, portanto, é perfeitamente plausível e visa compensar a dor, o sofrimento e a angústia sofrida.

Assim, na esteira da fundamentação adotada na sentença de que o caso trouxe inegáveis transtornos à vítima pelo trauma físico e psicológico sofridos, embora não haja nenhuma sequela atualmente (fls. 869/870), não afasta a obrigação de reparar o dano, posto que este se baseia no reconhecimento inconteste que a loja franqueada Della Spina agiu com culpa, em seu sentido amplo, quando falhou ao se descuidar da manutenção das mesas que guarnecem a praça de alimentação.

Diante disso, repita-se, evidente que o fato sucedido causou dor e abalo psicológico à vítima, passível de ser indenizado pelo causador do mal. O ferimento produzido trouxe perturbação na esfera anímica do lesado, que dispensa prova em concreto, pois existe *in re ipsa*.

Nesse passo, no que tange a lide secundária, fundada na denunciação à lide requerida pela Della Spina Comércio de Alimentos Ltda. e a Seguradora Itaú Seguros S/A, não resta dúvida que vigia à época contrato de seguro firmado entre as partes (fls. 210/244), daí porque esta deve ressarcir a litisdenunciante por eventuais prejuízos materiais e morais advindos da sentença condenatória.

Não exclui essa responsabilidade a falta de anterior comunicação do sinistro, pois essa omissão não exclui a cobertura securitária, não havendo que se falar, por analogia, em decadência do direito da segurada de reclamar a cobertura contratada.

Sendo assim, correta a decisão proferida em primeiro grau quando declarou a obrigação da seguradora denunciada de responder pela condenação que foi imposta à demandada Della Spina na ação principal.

Para tanto, pertinente a fundamentação da sentença: "Os argumentos apresentados pela denunciada não podem ser acolhidos, pois o acidente ocorreu em 20.08.2002 e o art. 771 do Código Civil, editado com intuito de excluir o direito à indenização, apenas passou a viger a partir de 11 de janeiro de 2003".

E continua: "Outrossim, a cláusula 1.3, do contrato de seguro, que estabelecia 60 dias para comunicar o fato, sob pena de perda do direito, não pode ser levada em consideração, pois, se fosse assim, tornar-se-ia inócuo o prazo prescricional do segurado contra o segurador, então previsto na legislação. Ademais, sendo a razão da regra a possibilidade de a seguradora fazer algo para diminuir as consequências do dano, no caso dos autos isso se revelou despiciendo, na medida em que a denunciada, de fato, nada poderia ter feito para diminuir o prejuízo".

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

E arremata: “Não havendo, pois, razão que justificasse a aplicação da regra de direito, não haveria por que aplicá-la. Portanto, ocorrido o acidente no período da cobertura, deve a denunciada realizar o objetivo do contrato de seguro, reembolsando a denunciante, nos limites da apólice, descontada a franquia contratada, a fim de que não se lhe verifique o enriquecimento sem causa”. (fls. 728).

Definida a obrigação de indenizar, resta a questão relacionada ao *quantum* indenizatório. No que concerne à quantificação dos danos morais deve o julgador atentar para as circunstâncias da causa, o grau de culpa do causador, as consequências do ato, as condições econômicas e financeiras das partes, de forma a não permitir que o valor deferido premie imoderadamente o ofendido, mas também não seja tão ínfimo que estimule seu causador a não cessar seu proceder incorreto.

Importa aqui lembrar a lição sempre atual de Yussef Said Cahali, para quem: “A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa”. (Dano e Indenização, RT 1980, p. 26).

Nesse ponto, *data venia*, reconhece-se adequada à condenação imposta às empresas demandadas a título de dano moral. Descabido, dessa forma, o pleito alternativo formulado pelas rés e da litisdenunciada seguradora para minorar o valor reparatório, posto que a quantia de 100 salários mínimos devida solidariamente pelas rés, não extrapola os limites razoáveis da reparação, como também o escopo admoestatório para inibir a reiteração, não se convertendo em enriquecimento sem causa. Importante ter sempre em mente que valor da indenização, consoante precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça, “não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório”. (RT 814/167).

Assiste razão, contudo, a irresignação quanto à proibição constitucional de utilização do salário mínimo como fator de atualização monetária, daí porque, a apuração do montante devido se fará com a conversão da importância correspondente a cem salários mínimos na data do julgado de Primeiro Grau, incidindo, a partir de então, correção monetária segundo a tabela prática adotada por esta Corte.

No que se refere à atualização monetária do valor indenizatório, a sentença seguiu corretamente a orientação dada pela Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, deve retroagir à data da decisão que a fixou.

Quanto aos juros moratórios, também nenhum retoque comporta a sentença quanto ao marco inicial para que sua incidência obedeça ao estatuído na Súmula 54 do C. Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a partir do evento danoso, por se cuidar de ilícito extracontratual, descabido, portanto, o pleito contraposto pela Della Spina Comércio de Alimentos Ltda., de sua incidência a partir da citação.

Por fim, não merece conforto o pleito de redução da verba honorária requeridas pelas empresas Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. e Itaú Seguros S/A, pois o percentual de 20% sobre o valor da condenação, além de remunerar de forma condigna o trabalho da patrona do autor é adequada à complexidade da causa (artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil).

3. Ante o exposto, meu voto nega provimento aos recursos, com a observação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0100556-89.2009.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.J.C.I.L., são apelados L.H.L. e S.T.I.C.A.P.L..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.480)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURO CONTI MACHADO (Presidente), ALEXANDRE LAZZARINI e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Julgamento antecipado do processo. Causa madura. Artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Pertinência. Prova pericial técnica. Desnecessidade para a compreensão da controvérsia. Conflito bem delineado nos autos. Prova de ofício. Poder instrutório do juiz. Art. 130 do Código de Processo Civil. Marca mista "B.B.X." em confronto com a marca mista "B.X.". Marcas fracas. Conjunto probatório recolhido que não autoriza o reconhecimento da concorrência desleal sob esse

Acesso ao Sumário

aspecto, isto é, pela simples identidade de elementos nominativos. Porém, configura-se a concorrência desleal pelo fato de que a marca mista pertencente à apelante, tal como foi registrada, ser utilizada pela apelada, que também reproduz outros elementos inerentes ao produto da apelante que podem induzir o consumidor a erro. Embalagens semelhantes com a mesma disposição das crianças para permitir que o consumidor, ilaqueado em sua boa-fé, adquira um produto como se fosse o outro. Exclusividade reconhecida em relação ao uso da marca mista tal como foi registrada. Concorrência desleal. Má-fé. Recurso de apelação a que se dá provimento para inverter o resultado do julgamento e dos ônus sucumbenciais.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação bem recebido e processado, preparado e impugnado, segundo o qual a r. sentença de fls. 774/782, cujo relatório é agora adotado, está errada ao rejeitar as demandas ajuizadas que pleitearam a busca-e-apreensão das bonecas contrafeitas e a condenação na reparação das perdas e danos havidas pela concorrência desleal então promovida.

Houve cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado do processo, tem a exclusividade uso da marca "B.B.X.", que, descumprida, acarretou a concorrência desleal e o direito às perdas e danos correlatas.

É a suma do necessário.

A instrução probatória foi exaurida, à época. A causa estava madura para o julgamento. A prova pericial não era, ou é, necessária para acarretar a nulidade alvitrada no recurso à míngua de fomento fático. A controvérsia instalada nos autos decorre do direito ao uso exclusivo da marca mista "B.B.X." pela parte, que obteve o seu registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial e incorporou esse direito ao seu patrimônio sob a proteção da ordem jurídica.

Não é infringido nos autos o direito de propriedade, mas, sim, a sua extensão pelo conjunto da marca mista ao incluir palavras que por si só seriam inapropriáveis segundo a legislação de regência. Para isso basta ao juiz a compreensão desta realidade fática ao estabelecer para si as premissas lógicas - maior e menor - que deverão prevalecer em seu raciocínio até atingir finalmente o silogismo com o qual solucionará a lide.

Esta função dialética que o juiz exerce no julgamento ao iniciar o seu raciocínio e deste desenvolvê-lo examinando e valorando todas as provas recolhidas em abono das versões que lhe foram apresentadas pelas partes, dele

Acesso ao Sumário

reclamava, apenas, o conhecimento dos fatos, a sua compreensão axiológica e, por fim, o entendimento que a lei dá à matéria a respeito dessa relevância jurídica, solucionando a lide pela sentença.

Não havia, ou há, como bem se vê, necessidade da perícia. Se houvesse, o juiz aplicaria o poder instrutório do art. 130 do Código de Processo Civil e determinaria a sua realização independente de pedido de qualquer uma das partes. O mandamento do art. 330 do Código de Processo Civil é cogente: o juiz julgará antecipadamente o processo nas situações ali mencionadas. Não se trata de simples conselho ou mera sugestão. É uma ordem: deve julgar antecipadamente. O preceito é vinculado, não discricionário.

Os ares de modernidade que foram incorporados pelo Código a partir das minirreformas que nele foram implementadas desde 1.994 e que até hoje prosseguem enquanto não for aprovado um novo Código para adequar-se à nova realidade social, da qual não pode se distanciar com a adoção de preceitos velhos e superados, permitiriam, à falta, até, que a própria turma julgadora convertesse este julgamento em diligência para esse fim, se fosse o caso, o que não também aconteceu para excluir definitivamente a ideia do cerceamento de defesa e nulidade processual.

A marca mista "B.B.X." é para o processo uma marca que a doutrina especializada chama de marca fraca. Há marcas fortes e outras marcas fracas. A lei vigente na espécie impede, às vezes, o registro de certas marcas com o entendimento de que são impropriáveis as expressões empregadas, relevando sempre a finalidade da marca no mundo dos negócios, que se orienta sempre pela manutenção da boa-fé daquele que comprará o produto finalmente no mercado consumidor.

É conveniente relembrar que a marca tem por finalidade precípua identificar o produto ou o serviço sobre o qual é aposta para que o público possa tanto identificá-los com os demais concorrentes no mercado consumidor, como lhe conferir, também, a certeza da origem e da qualidade, sendo esta a sua função distintiva como é ressaltado pela doutrina autorizada, nacional e estrangeira[1].

O saudoso Waldemar Ferreira, com a costumeira persuasão que identifica a sua grandiosa obra entre nós, ensina que tendo por finalidade ("...") "distinguir produtos industriais ou mercadorias comerciáveis, a marca deve ter a sua qualidade predominante - a distintiva. Essa qualidade é o essencial de seu caráter; e decorre de sua definição. Ela há de ser distinta de outra, já usada para produto ou artigo da mesma qualidade, ou já registrada, de molde a evitar engano, confusão ou erro. Há de ser inconfundível. Ademais, especial. Adotado o nome Jandaia para marca de bebida alcoólica ou sem álcool, nada obsta a que

1 Gama Cerqueira, Tratado da Propriedade Industrial, volumes I e II.
Paul Mathély, "Le nouveau droit français des marques",
Paul Roubier, "Le droit de la proprieté industrialle".

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

a mesma jandaia se converta em marca de tecido de algodão ou de outro fio, diante da impossibilidade de confundir-se um com o outro artigo.[2]

O objetivo da marca é o assinalamento de produtos ou de mercadorias, a fim de distinguirem-se de outros do mesmo gênero ou categoria. Destina-se a evitar confronto entre artigos similares. Não outro escopo".

A distintividade de uma marca, antes de ser requisito legal a ser atendido para a concessão do registro, é função essencial da sua existência. E se não possuir esta a capacidade para distinguir determinado produto ou serviço daqueles que são oferecidos pelos concorrentes, a sua utilização e, consequentemente, o seu registro, serão imprestáveis.

Diz o art. 122 da Lei 9.279, de 1.976, *verbis*:

"São susceptíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais".

A finalidade da norma ao possibilitar o registro, como marcas, de sinais distintivos é resguardar a concorrência desleal, ou seja, a clientela amealhada pelo comerciante através do emprego da força do seu trabalho e daí impedir que terceiros se utilizem de sinais idênticos ou semelhantes para locupletarem-se ilicitamente, beneficiando indiretamente o consumidor ao vedar a sua utilização contrafeita e daí possibilitar a identificação segura do produto ou do serviço que realmente almeja adquirir.

Diz o art. 124, incisos II, VI, VII, VIII XVIII e XXI, da Lei 9.279, de 1.976, que não são passíveis de registro, *verbis*:

II - "letra, algarismo, data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

....

VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quando à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

....

VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;

....

VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;

....

XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;

Acesso ao Sumário

2 Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial.

....

XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada”.

Com efeito, mesmo que a parte disponha aqui do registro da marca mista “B.B.X.”, que é fraca por natureza ao envolver um conjunto formado por expressões evocativas do uso comum que não gozam de exclusividade, subsiste a proibição pela similaridade para impedir o aproveitamento parasitário e a concorrência desleal, com a obtenção do enriquecimento sem causa. No comércio, tolera-se tudo, exceto a concorrência desleal, com ardil, típica da fraude.

E é precisamente por ter promovido o registro com as expressões “B.B.X.”, que são comuns, inapropriáveis, em confronto com aquela que utilizada à míngua de registro pela parte adversa “B.X.”, que a questão deve ser agora analisada sob o crivo da proteção da lei, sopesada e por fim decidida.

As palavras preciosas adotadas pela eminente juíza federal Márcia Helena Nunes, à fl. 226, devem ser repetidas, *verbis*:

“Quem pretende uma proteção mais substancial deve eleger termos mais distantes do dia a dia social, ainda mais quando os termos eleitos, a par de comezinhos, guardam relação quase direta com a descrição do próprio produto que a marca visa a distinguir. É muito raro encontrar-se uma marca evocativa cuja remissão à descrição do produto/serviços seja realmente sutil. No mais das vezes, o que se encontra é uma remissão quase direta, só faltando as proposições e artigos. Quanto menos sutileza, mais fraca é a marca e menos distância ela vai guardar de outras marcas, igualmente fracas.

Já se disse aqui, outras vezes, que a originalidade não é exatamente o traço comum dos registros marcados. Todavia, apreciar com rigor o quesito originalidade, desapareceria, a um só golpe, grande parte do mercado marcário brasileiro. O objetivo do ordenamento é possibilitar o desenvolvimento regular das atividades comerciais bem como a tutela dos interesses dos consumidores. A função do julgador é conciliar esses interesses quando da aplicação da lei. O Juiz de Direito é quem deverá decidir a seu juízo se existe aproveitamento parasitário da marca registrada”.

Por isso mesmo, e ainda que não se ponha para o julgamento agora nenhuma dúvida que a marca mista “B.B.X.” foi registrada pela apelante em primeiro lugar pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, ainda que diminuído por sua natureza fraca, nem por isso se recusa proteção ou se lhe nega os atributos de um direito de propriedade, certo e determinado, que merece proteção pela ordem jurídica vigente.

A concorrência desleal é, foi e sempre será reprimida no comércio. O comércio sujeita-se às regras morais, éticas, jurídicas, aos bons costumes

Acesso ao Sumário

acolhidos pelo Estado com a finalidade de orientar a sociedade organizada na consecução do seu fim, que é o bem comum. Ninguém concebe como correto usar uma patente alheia, vender uma mercadoria contrafeita, "pirateada" como diz o jargão popular, em prejuízo do titular do direito correlato. O comércio é o reflexo da sociedade. Para o Estado de Direito ninguém pode se enriquecer à custa alheia.

Ninguém no comércio aceita que um empresário ou vários ao mesmo tempo ilaqueiem a boa-fé do consumidor e do titular do direito de marca violado, com a venda de mercadoria contrafeita. Tampouco é admissível um empresário sutilmente aproprie-se de um projeto de propaganda desenvolvido por um outro empresário, depois de desenvolvê-lo com custos elevados inerentes à sua criação, desenvolvimento e compreensão final para que o mercado consumidor, finalmente venha a aprová-lo com o incremento de suas vendas.

O ato ilícito praticado é evidente e assim se dá porque, primeiramente, está-se falando de bens imateriais, que têm a ("...") "particularidade de poderem ser utilizados por um número ilimitado de pessoas, sem que, com isso, ocorra o exaurimento ou o criador seja dela desapossado. As normas da propriedade intelectual têm justamente como instituto regulamentar a forma como se dá a utilização da criação pelo criador e por terceiros".

E mais, a ("...") "proteção à propriedade intelectual disciplinada pela Constituição garante ao titular do bem imaterial a prerrogativa de impedir que terceiros dele se utilizem, das mais variadas formas, sem uma prévia autorização. Ascarelli observa que o direito de exclusividade sobre bens materiais é, basicamente, o dever de terceiro de se absterem de praticar atos voltados à produção de coisas que constituam reprodução de criações intelectuais alheias, ainda que os materiais utilizados na reprodução pertençam legitimamente a terceiros".

É neste aspecto que a questão deve ser examinada para solucionar a demanda em seus reflexos para fora do processo, ressalvadas as razões de convencimento em que se orientou a r. sentença hostilizada.

Acesso ao Sumário

Realmente, não é protegida apenas a marca mista "B.B.X." por sua disposição, mas pelo conjunto evocativo constituído em seu todo, ainda que na outra marca houvesse a omissão da expressão "B.", dado que, nas embalagens agora examinadas para este julgamento, é imperioso concordar com o recurso e entender que neste caso houve, sim, a concorrência desleal ao adotar as mesmas figuras e nestas inclusive uma criança negra, que com as demais crianças têm a mamadeira rosa e a mesma disposição para o consumidor como se fosse uma só a origem, quando não é.

De fato, não se pode falar aí que a marca fraca não tem proteção legal. Também não se pode concordar com o entendimento de que a utilização de

expressões comuns pelo conjunto não sejam protegidas, sendo inapropriáveis. O que é inapropriável é a expressão em separado, não o conjunto. O conjunto tem proteção legal, mesmo que diminuída. Não se pode finalmente concluir que, em rigor, não houve a concorrência desleal, pois esta pelo contrário se impõe precisamente na adoção do comportamento antagônico àquele que é protegido pela lei em obséquio à boa-fé daquele que registrou em primeiro lugar e assim comportou-se de boa-fé.

A boa-fé é pressuposta em qualquer ato ou negócio jurídico como um princípio geral de direito de conteúdo moral e jurídico. Agir de boa-fé é respeitar o próximo convicto de que age assim em atenção ao comportamento moral esperado de todos em sociedade. A boa-fé é princípio que se impõe a todos, sem exceção. É da boa-fé que decorrem todos os princípios que serão devidos doravante por todos, em sociedade, com a finalidade de assegurar a paz social, à qual não se compreende como certo o procedimento adotado pela parte adversa.

O comportamento ético, moral, esperado de qualquer empresário nas condições em que se encontrava a parte adversa seria, e é, fugir da confusão que provocaria ao adotar, além de marca próxima, semelhante, também as mesmas disposições gráficas que pelo conjunto passou a ser protegida pela ordem jurídica e que, descumpridas, asseguram agora o direito a receber as perdas e danos segundo for apurado oportunamente, nos termos do art. 475-C do Código de Processo Civil, por arbitramento.

Vencida, a parte adversa reembolsará as despesas, custas e honorários de advogado, arbitrados em 20% sobre o "*quantum debeatur*" encontrado finalmente, nos termos do art. 20, § 3º, alíneas "a" a "c", do Código de Processo Civil.

Posto isto, dá-se provimento ao recurso para julgar procedentes as ações ajuizadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017677-77.2012.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante IMOBILIÁRIA ALCOBAÇA LTDA., é apelado DORVALINA PACHECO DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23079)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente) e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 23 de junho de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Ação visando compelir os compradores a registrar escritura já outorgada a autorização pela vendedora - Improcedência nos termos do art. 285-A - Questão, todavia, ainda não pacificada nos tribunais - Sentença anulada - Nova citação dos réus para responder à pretensão da autora - Recurso provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença de improcedência (a fls. 26/26Vº), em ação de obrigação de fazer. Nas razões de irresignação se sustentando o descabimento do *decisum* pelos fundamentos então expendidos (fls. 30/59).

Regularmente recebido o apelo a fl. 97, a fls. 108/113 veio a ser contra-arrazoado.

É o relatório.

Meu voto é pelo provimento do recurso.

A autora, vendedora do imóvel descrito da inicial, propôs a demanda objetivando que a apelada, compradora do bem, fosse compelida a registrar, junto ao CRI, a escritura, uma vez que outorgada autorização da lavratura de escritura após a quitação do imóvel.

De fato, não há cláusula expressa no instrumento firmado entre as partes que obrigue os adquirentes ao registro da escritura de compra e venda do imóvel; todavia, tal procedimento decorre da boa-fé objetiva, que deve permear a relação entre as partes em todas as fases do contrato, inclusive, pré e pós-contratual.

Como é sabido, o registro da escritura é necessário para que a propriedade tenha oponibilidade *erga omnes*; a situação atual é capaz de ocasionar prejuízos a autora, hipótese inconcebível, sobretudo diante da inexistência de notícia de inadimplemento de sua parte.

Trata-se de matéria ainda não pacificada nos tribunais. Assim, a improcedência não merece ser mantida, anulando-se desde já a sentença proferida com apoio no art. 285-A do CPC.

A aplicação do referido dispositivo legal deve ficar condicionada à certeza de que a questão já se encontra pacificada, tanto em primeiro quanto em

Acesso ao Sumário

segundo grau, sob pena de ofensa ao devido processo legal.

Desta forma, deve a demanda retomar o seu curso providenciando-se nova citação da ré para, agora, contestar a pretensão da autora, observada que sua omissão para responder ao recurso não implica sua revelia.

Isto posto, meu voto é pelo provimento do recurso, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046670-71.2010.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ – CPFL, é apelado ICM – INCORPORADORA CARDOSO MACHADO LTDA..

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21934)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA - LOTEAMENTO PARTICULAR - DESPESAS COM OBRAS DE INFRAESTRUTURA PARA A IMPLANTAÇÃO DE REDE ELÉTRICA - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - Termo inicial do prazo prescricional de 10 anos, que é contado da data da efetiva incorporação da rede elétrica no patrimônio da concessionária, ocorrida em 18.09.06, sendo proposta a ação em 03.11.2010 - Inteligência do art. 205 do NCCB - Prescrição afastada.

AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA - LOTEAMENTO PARTICULAR - DESPESAS COM OBRAS DE INFRAESTRUTURA PARA A IMPLANTAÇÃO DE REDE ELÉTRICA - Pretensão da autora de ressarcimento por despesas efetuadas na construção de rede elétrica em loteamento - Rede que

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

passa a integrar o domínio público, a partir do registro do loteamento - A constituição da rede de distribuição de energia elétrica é de responsabilidade do loteador responsável pela execução do empreendimento - Custo das obras que é naturalmente repassado ao adquirente do lote, compondo o seu valor final - Pretendida indenização que acarretaria enriquecimento sem causa do empreendedor, uma vez que o valor da implantação da rede elétrica é repassado ao promitente comprador - Inteligência dos art. 2º, § 5º, e 5º, parágrafo único, da Lei nº 6.766/79 - Ação improcedente - Sentença reformada - Apelo provido.

VOTO

Apelo da ré, em face da r. sentença de procedência, proferida nos autos da ação declaratória e indenizatória, visando a restituição dos valores gastos para implantação de rede de energia elétrica em loteamento residencial.

Sustenta, preliminarmente, que houve prescrição da pretensão da autora, pois quando da propositura da ação, já havia transcorrido o prazo de 3 anos. Alega que o loteador é o responsável pelas instalações básicas e que os valores despendidos são embutidos no preço da venda do lote. Aduz que não há enriquecimento ilícito de sua parte pela não indenização à autora, já que o bem é incorporado ao patrimônio da União, em supremacia do interesse público, pois a população não pode ficar desprovida de abastecimento de energia elétrica. Afirma que não houve vício de consentimento no contrato de doação, pois a apelada tinha pleno conhecimento das cláusulas ali estabelecidas. Requer o total provimento do recurso, para reformar a r. sentença, julgando-se improcedente a ação. Prequestiona a matéria.

Contrarrazões às fls. 470/497.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória e indenizatória, ajuizada pela ora apelada em face da ora apelante.

A autora, na inicial, declara-se como empresa atuante no ramo imobiliário, tendo realizado o loteamento residencial "Machado I", sendo que, para viabilizá-lo, implantou a construção da rede de energia elétrica no local.

Ao solicitar a ativação da energia elétrica, foi compelida a assinar o Contrato de Incorporação de Rede/Linha de Distribuição, obrigando-se a ceder todos os bens e instalações elétricas à requerida (fls. 57).

Considerando inconstitucional a cessão gratuita da rede elétrica em favor da ré, ingressou com a presente demanda.

Acesso ao Sumário

A ré contestou, alegando, em síntese, que o alegado direito pleiteado pela autora, fora atingido pela prescrição, e que é válido o negócio jurídico entabulado entre as partes, já que é obrigação do loteador a implementação da rede de energia elétrica, com a respectiva incorporação ao patrimônio da concessionária.

A r. sentença dirimiu o litígio, julgando procedente a demanda, para condenar a ré a pagar a autora as importâncias que resultarem de regular liquidação de sentença, relativamente ao desembolso dos valores relativos à implantação da rede de energia elétrica, com correção monetária e juros de mora.

Contra esta decisão insurge-se a ré.

Esclareça-se, *a priori*, que não ocorreu a prescrição.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento sobre esta questão no AI nº 1.123.309/RS, relatado pelo eminente Ministro Massami Uyeda, julgado em 29/04/2009:

"**O prazo prescricional das ações de cobrança propostas em relação às sociedades de economia mista concessionárias de serviço público é o ordinário de 20 anos, previsto no art. 177 do CCB/1916, que foi reduzido para 10 anos pelo art. 205 do CCB/2002.** Em acréscimo, de acordo com a jurisprudência desta Corte, as sociedades de economia mista têm natureza jurídica de direito privado, por funcionarem e se organizarem como as empresas privadas, atraindo o Poder Público a idealizar esse tipo de entidade descentralizada. Por isso, **é inerente a aplicação da prescrição ordinária atribuída às ações pessoais, consoante disposto no art. 177 do Código Civil de 1916 (205 do Código Civil de 2002)**. Nesse sentido: Ag n. 1.004.015/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16.4.2008 e Ag 979.123/RS, Rel., Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ de 11.4.2008" (AI 1.123.309 - RS - Rel. Min. Massami Uyeda J. 29.4.2009).

Neste sentido:

"**Prestação de serviços de energia elétrica - Ação de cobrança - Rede elétrica implementada por particular - Incorporação por concessionária - Prescrição - Inocorrência** - Prazo Prescricional de vinte anos (artigo 177, do antigo Código Civil) - Menos da metade transcorrida - Aplicação do novo diploma substantivo - **Prazo de dez anos (art. 205)** - Início da contagem somente após o advento do novo Código - Exegese do artigo 2028 do atual Código Civil - **Prescrição afastada**." (TJSP; 26ª Câmara de Direito Privado; julgado em 24/06/09).

De acordo com o entendimento do eminente Desembargador Antonio Rigolin, quando do julgamento do Recurso de Apelação nº 0001555-44.2012.8.26.0483, verifica-se que o cômputo do prazo prescricional deve se dar a partir da data de incorporação da rede ao patrimônio da empresa, senão

Acesso ao Sumário

vejamos:

“**No caso, o instrumento a considerar é aquele relacionado à documentação da incorporação ao patrimônio da concessionária, pois exatamente nesse instante é que se constituiu a violação ao direito do autor, gerador da pretensão ao ressarcimento.**” (TJSP; 31ª Câmara de Direito Privado; julgado em 21/08/2012).

No presente caso, verifica-se que o Contrato de Incorporação de Rede/Linha de Distribuição firmado entre as partes, ocorreu em 18.09.2006 e a propositura da presente ação se deu em 03.11.2010 (fls. 57).

Assim, não transcorrido o prazo de 10 anos para a autora pleitear a indenização sobre a implantação de rede de eletrificação, posteriormente incorporada ao patrimônio da concessionária, previsto no art. 205, do NCCB, não há que se falar em prescrição.

Assim, afastada a preliminar, passa-se ao mérito do recurso.

A Lei nº 6.766/99, inteiramente aplicável à espécie, impõe ao loteador, e não à concessionária, a instalação da infraestrutura básica da rede elétrica.

Assim, cabe ao interessado em promover o parcelamento do solo urbano a implantação da infraestrutura básica do loteamento, que consiste em equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação, nos termos do § 5º do art. 2º da Lei nº 6.766/79, a seguir transcrito:

“Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. (...)

*§ 5º **A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação**”.*

Com o registro do loteamento, após a realização das obras de infraestrutura e aprovação do projeto pelo Poder Público, tais equipamentos são automaticamente incorporados ao domínio público, por força do art. 5º, parágrafo único, também da Lei nº 6.766/79, sem qualquer previsão de indenização.

Consoante o disposto no art. 15, *caput*, da Lei nº 10.848/04, compete à ANEEL a disciplina da incorporação das redes particulares de energia pelas concessionárias de distribuição, a qual, especificamente quanto aos lotes situados em loteamentos urbanos, está contida na Resolução normativa nº 82/04.

De acordo com esta Resolução, tem-se que: “***A concessionária não será responsável pelos investimentos necessários para a construção das obras***

Acesso ao Sumário

de infraestrutura básica destinadas ao atendimento com energia elétrica nos lotes situados em loteamentos urbanos" (art. 3º, *caput*); que "***Os bens e instalações de infraestrutura básica referentes a redes de energia elétrica, implantados pelos loteadores para atendimento dos respectivos lotes****, com exceção das instalações destinadas a iluminação pública,* ***devem ser incorporadas ao patrimônio da concessão****, na oportunidade de sua conexão ao sistema de distribuição de propriedade da concessionária ou permissionária, o que se caracteriza pela energização e instalação de equipamento de medição em unidade consumidora*" (art. 5º, *caput*); e que "***A incorporação efetuada na forma desta Resolução não enseja qualquer forma de indenização ao loteador ou aos adquirentes dos lotes****, considerando que, após a inclusão no ativo imobilizado em serviço, as despesas de operação e manutenção das instalações elétricas serão de responsabilidade da concessionária e os bens vinculados ao instituto da reversão*" (art. 6º).

Bem se vê, assim, que a Resolução é clara no sentido de que inexiste a responsabilidade da concessionária pelo ressarcimento do loteador. E aludida Resolução não padece de ilegalidade, porquanto a própria lei outorgou à ANEEL a disciplina da incorporação das redes particulares, sem impor a onerosidade. Vale frisar que a norma contida no parágrafo único do art. 15 da Lei nº 10.848/04, no sentido de que os custos decorrentes da incorporação serão considerados nos processos de revisão tarifária, não implica obrigatoriedade de indenização. Uma coisa é dizer que os custos da incorporação serão incluídos nas tarifas e outra bem diferente é determinar a existência de custos em toda e qualquer incorporação.

Em verdade o custo da obra em questão é suportado pelo empreendedor o qual, entretanto, o repassa, em seguida, aos adquirentes dos lotes, descabendo-lhe assim legítimo interesse para pleitear ressarcimento.

Nessa quadradura, não há porque a loteadora pretender responsabilizar a fornecedora de energia elétrica a arcar com esse custo, que pode e deve ser embutido no preço dos imóveis comercializados.

Ainda que a autora afirme que não houve o repasse direto aos compradores dos lotes dos custos da instalação da rede elétrica, é evidente que a infraestrutura construída interfere no preço de imóveis comercializados em loteamentos.

Necessário separar dois conceitos distintos: ao loteador cabe a implantação dos equipamentos urbanos, e de adiantar o seu custeio; aos promitentes compradores cabe o pagamento final do valor de tais equipamentos, naturalmente repassados no preço dos lotes.

O imóvel que usufrui de serviço de fornecimento de energia elétrica, assim como de água e esgoto, reflete em seu preço de venda a valorização instituída por tais melhorias.

Acesso ao Sumário

A obtenção de lucro pela realização das obras de infraestrutura com a consequente indenização de tais obras pela concessionária de serviço público sem dúvida alguma acarretaria enriquecimento ilícito do loteador, vedado pelo nosso ordenamento.

O mesmo, porém, não se verifica em relação à concessionária, que, não obstante a incorporação dos equipamentos a seu patrimônio, fica encarregada de adotar os procedimentos necessários à conservação das instalações, nos termos do art. 131 do Decreto nº 41.019/57, o que importa em despesas contínuas, além da possibilidade de reversão da incorporação, em caso de perda da concessão.

Evidente, portanto, a inexistência de direito do loteador a obter indenização do valor despendido com a instalação da rede elétrica.

Sobre o tema, veja-se a jurisprudência:

"EMBARGOS INFRINGENTES - **AÇÃO DECARATÓRIA E CONDENATÓRIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA** - APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. **Pretensão de ressarcimento por despesas efetuadas na construção de rede elétrica em loteamento - Loteadora que é responsável legal pela infraestrutura do empreendimento - Descabimento de indenização - Precedentes desta Corte**. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS." (TJSP; 37ª Câmara de Direito Privado; Embargos Infringentes nº 0000895-15.2010.8.26.0291/50001; Rel. Sérgio Gomes; julgado em 04/02/2014).

"**LOTEAMENTO PARTICULAR - DESPESAS COM OBRAS DE INFRAESTRUTURA PARA A IMPLANTAÇÃO DE REDE ELÉTRICA - RESPONSABILIDADE LEGAL DO LOTEADOR - INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO DA CONCESSIONÁRIA - A constituição da rede de distribuição de energia elétrica é de responsabilidade do loteador responsável pela execução do empreendimento - Despesas com a implantação da rede que são repassadas aos adquirentes do lote - Ausência de doação - Indenização não devida** - Verba honorária fixada de forma compatível com os critérios legais e as peculiaridades da causa - Sentença confirmada nos termos do art. 252 do Regimento Interno do TJSP - Recurso improvido." (TJSP; 5ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0007986-93.2009.8.26.0291; Rel. Fábio Podestá; julgado em 15/01/2014).

"**Indenização. Custos envolvendo implantação de rede de distribuição de energia elétrica em loteamento. Empreendedora imobiliária deve suportar as despesas pertinentes, porquanto integram a infraestrutura. Aplicação do artigo 2º, §§ 5º e 6º, da Lei n.º 6.766/79. Pretensão de ressarcimento não pode sobressair. Valores que já alcançaram o preço de venda dos lotes. Enriquecimento sem causa deve ser afastado. Improcedência da ação mantida.** Apelo desprovido." (TJSP; Apelação nº 0026593-69.2010.8.26.0114;

Acesso ao Sumário

Rel. Natan Zelinschi de Arruda; julgado em 21/02/2013).

“**DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO – Pretensão de ressarcimento por despesas efetuadas na construção de rede elétrica em loteamento - Não cabimento - Legislação e contrato que preveem responsabilidade da empreendedora na construção da infraestrutura, assim como a posterior incorporação da rede elétrica ao patrimônio da concessionária - Sentença de improcedência mantida**, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido.” (TJSP; Apelação nº 9099349-08.2009.8.26.000o; Rel. Álvaro Passos; julgado em 17/09/2013).

“INDENIZAÇÃO - **Pretensão da loteadora de ressarcimento de despesas com instalação de rede elétrica no loteamento, diante da incorporação da estrutura ao patrimônio da concessionária de prestação do serviço - Não cabimento - Infraestrutura básica do loteamento que deve ser constituída de equipamentos públicos urbanos, dentre os quais o fornecimento de energia elétrica - Responsabilidade da loteadora - Previsão legal expressa - Artigo 2º, parágrafo 5º e artigo 5º, parágrafo único, da lei nº 6.766/79 - Transferência gratuita da estrutura para incorporação aos bens da concessionária que tem respaldo legal - Improcedência da ação - Sentença confirmada** - Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça - RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJSP; Apelação nº 0007992-03.2009.8.26.0291; Rel. Elcio Trujillo; julgado em 17/09/2013).

De rigor era, pois, a improcedência da ação, ao contrário do que constou da r. sentença *a quo*.

Fica prequestionada a matéria.

Ante o exposto, afastada a preliminar de prescrição, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0050671-31.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes/apelados APARECIDA SOLANGE ZANINI e SÉRGIO MURILO DE LIMA, são apelados/apelantes CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S/A e TRIP TUR RIO PRETO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA. ME.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Afastaram a matéria preliminar,

Acesso ao Sumário

no mérito, negaram provimento ao recurso de apelação dos autores, e, em seguida, deram parcial provimento ao das requeridas para reduzir o '*quantum*' indenizatório, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.237/2014)**.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente) e HUGO CREPALDI.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PACOTE TURÍSTICO - AGÊNCIA DE VIAGENS - PRELIMINAR. Legitimidade passiva "*ad causam*". Reconhecimento. Agência de turismo que integra a cadeia de fornecimento do serviço contratado, tendo, por conseguinte, responsabilidade por eventuais danos decorrentes do contrato. Preliminar repelida.

RECURSO - APELAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PACOTE TURÍSTICO - AGÊNCIA DE VIAGENS - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - MÉRITO. 1. Prestação de serviços. Agência de viagens. Má prestação de serviços configurada. Autores que adquiriram pacote turístico para *resort* localizado na Costa do Sauipe, distrito do município de Mata de São João, no litoral norte do Estado da Bahia. Instalação da hotelaria que não apresentava condições condizentes com o padrão "cinco estrelas" comercializado pelas requeridas, consoante demonstrado no conjunto probatório amealhado.

1. Danos materiais. Não configuração. Autores que pretendem o ressarcimento do valor gasto com a viagem. Inadmissibilidade. Parte do montante pago que se refere às passagens aéreas, utilizadas, e segunda parte referente à hospedagem que foi efetivamente usufruída pelos demandantes, ainda que sem a qualidade esperada. 2. Danos morais. Configuração. Indenização fundada na falha do serviço contratado. Valor do "*quantum*", todavia, que deve ser mitigado, em respeito aos critérios de

Acesso ao Sumário

proporcionalidade e razoabilidade. Procedência parcial. Sentença reformada em parte apenas para reduzir o valor indenizatório. Recurso das requeridas em parte provido, desprovido o dos autores.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de reparação de danos materiais e morais movida por **Aparecida Solange Zanini** e **Sérgio Murilo de Lima** contra **CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens Sociedade Anônima** e **Trip Tur Rio Preto Agência de Viagens de Turismo Limitada ME**, sustentando os primeiros nomeados terem procurado a segunda requerida com a finalidade de realizar viagem para a Costa do Sauipe para comemorar o aniversário do requerente. Disseram, inicialmente, o desejo de se hospedar no "Resort Ibero Star Bahia", já conhecido pelos autores. Destacam que, todavia, foram orientados pela proprietária da agência de turismo a se hospedarem no "Resort Sauipe Fan", que seria mais novo, padrão cinco estrelas, melhor do que o outro apontado e com preço próximo. Anotam que, diante dessas referências, contrataram a viagem. Explicam que, ao chegarem ao destino, constataram a irregularidade da informação prestada, não apresentando o hotel indicado o padrão "cinco estrelas" contratado por orientação pelas demandadas. Alertam que os dois elevadores principais não se encontravam em funcionamento, o que os obrigou a utilizar o de serviço, que se encontrava sujo e possuía "forte cheiro". Informam ainda que o quarto cheirava a mofo, o piso estava "grudando" e o café da manhã servido apresentou baixa qualidade, assim como as demais refeições. Aduzem que o sistema "*all incluse*" não funcionava, pois nos locais que serviam comida dentro do resort, o serviço era limitado ao cardápio de macarrão alho e óleo, ao sugo ou bolonhesa, e um único refrigerante por pessoa. Afirmaram ainda que o hotel encontrava-se ainda em péssimo estado de conservação. Buscam, diante deste quadro, a procedência da ação com indenização por danos matérias e morais, devidamente atualizada.

A respeitável sentença de folhas 197 *usque* 200, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar as requeridas, solidariamente, a pagarem aos autores indenização por danos morais no importe de R$ 13.560,00 (treze mil, quinhentos e sessenta reais), com correção monetária a partir do arbitramento, com base na Súmula nº 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e juros de mora desde a citação (artigo 219, "*caput*", do Código de Processo Civil). Restou indeferido o pedido de indenização por danos materiais. Em virtude da sucumbência recíproca, cada parte se responsabilizará pelos honorários de seu respectivo patrono, dividida em partes iguais as custas

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

e despesas processuais.

Inconformadas, recorrem as partes pretendendo a reforma do julgado.

Alegam os autores, **Aparecida Solange Zanini** e **Sérgio Murilo de Lima**, estar equivocada a respeitável sentença (folhas 202/2015), pois é devida também a reparação dos danos materiais diante da má prestação dos serviços contratados. Pugnam ainda pela majoração do valor atribuído pelo juízo monocrático a título de danos morais com a integral procedência da ação.

As requeridas, **CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens Sociedade Anônima** e **Trip Tur Rio Preto Agência de Viagens de Turismo Limitada ME**, por sua vez (folhas 218/235), perseguem a parcial reforma da respeitável decisão recorrida. Apontam, preliminarmente, ilegitimidade passiva, vez que a culpa pela falha da prestação do serviço é de terceiro, o *resort* em questão que não integra a lide. No mérito, defendem inexistir dano moral indenizável na hipótese, requerendo a improcedência do feito. Alternativamente, pugnam pela redução do valor da indenização moral.

Recursos tempestivos, bem preparados (folhas 203/205 e 219/221) regularmente processados e oportunamente respondidos (folhas 238 e 240/251), subiram os autos.

Este é o relatório.

A respeitável sentença comporta pequeno e necessário reparo.

Trata-se de ação de indenização fundada em prestação de serviços de agência de viagens movida por **Aparecida Solange Zanini** e **Sérgio Murilo de Lima** contra **Trip Tur Rio Preto Agência de Viagens de Turismo Limitada ME**, que aduzem ter indicado e intermediado a contratação de pacote turístico formalizado com a operadora correquerida **CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens Sociedade Anônima**. Em suma, aduziram os autores que ao contratar o serviço lhes fora informado que a hospedagem inclusa era de primeira linha, e que na realidade se demonstrou de péssima qualidade, fato que enseja indenização moral e material.

De pronto, não vinga a preliminar suscitada pelas requeridas de ilegitimidade de parte e culpa exclusiva de terceiro.

Isto porque, a agência de turismo integra a cadeia de fornecimento do serviço, tendo, por conseguinte, responsabilidade pelos danos decorrentes de eventual inadimplemento do contrato. É o que se observa dos artigos 14º e 18º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Nesse sentido já se manifestou esta Câmara Julgadora, consoante se depreende do julgado a seguir colacionado, "*in verbis*":

> "**PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TURISMO**. Ação indenizatória. Procedência parcial, apenas com relação aos danos

Acesso ao Sumário

morais, condenadas, solidariamente, a operadora de turismo e a empresa aérea. 1. A agência de turismo que comercializa pacotes de viagens responde solidariamente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote. ... '*omissis*'... Recursos improvidos". (TJSP Apelação nº 0249771-51.2009.8.26.0000 Rel. Des. Vanderci Álvares - 25ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 29.08.2012 gn).

Assim, reconhecida a legitimidade das requeridas para integrar o polo passivo da demanda, fica afastada a preliminar suscitada na peça recursal. Passa-se então à análise do mérito propriamente dito.

As questões suscitadas em sede de recurso de apelação pelos contendores guardam íntima ligação, e, por conta disso, serão analisadas em conjunto.

De fato, escorreita a decisão monocrática ao asseverar improcedente o pedido de reparação de danos materiais.

Incontroverso nos autos que os autores, ainda que em condições diversas daquelas contratadas, usufruíram da hospedagem integrante do pacote de viagens contratado. E mais. Dentro do valor que pretendem os autores ver integralmente ressarcido a título de dano material, inclui-se aquele referente às passagens aéreas, efetivamente utilizadas pelos demandantes.

Contudo, procede a ação com relação ao pedido de indenização por danos morais.

Consoante cediço, "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos." (artigo 14º, Código de Defesa do Consumidor).

Ressalta-se ainda que, na hipótese em exame, foi de forma suficiente demonstrada a falha do serviço contratado. Isto porque, por um lado, a correquerida **Trip Tur Rio Preto Agência de Viagens e Turismo Limitada ME** sequer impugnou a afirmação de que prestou informações equivocadas aos demandantes no momento do fechamento do contrato, mais especificamente quanto à hospedagem integrante do pacote turístico vendido, e por outro, constatou-se que realmente o *resort* não apresentava as condições esperada pelos consumidores (fotografias de folhas 42/58).

E, no caso em exame, houve efetiva falha na prestação de serviços, fato que gerou aos autores transtornos que ultrapassaram os limites de meros dissabores, durante viagem de férias em outro Estado, que se traduzem na existência de verdadeiro abalo moral suscetível de reparação.

Cumpre, por consequência, se analisar a extensão dos danos e a reparação cabível na hipótese.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já apontou que "a jurisprudência desta Corte tem assentado que, em se tratando de dano moral, revela-se suficiente a demonstração da ocorrência do ato ilícito para ensejar o direito à indenização." (Resp nº 709.877, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 20/09/2005).

Nesse mesmo sentido, "*in verbis*":

"**INDENIZAÇÃO DE DIREITO COMUM. DANO MORAL. PROVA. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54 DA CORTE.**

1. Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil.

2. Na forma da Súmula nº 54 da Corte, os juros moratórios nestes casos contam-se da data do evento.

3. Recurso Especial conhecido e provido em parte." (Resp. nº 86.271, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 10.11.1997).

Assim, configurado o dano moral, devem ser os autores por ele compensado, contudo, considerada sua natureza punitiva e ao mesmo tempo reparadora, há de ser a indenização estimada em termos razoáveis, não se justificando imposição que possa implicar enriquecimento ilícito e nem aquela que não exerça função reparadora.

E atento aos critérios citados, bem como diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente a repercussão do evento danoso, o grau de culpa do agente e a situação econômica das partes e, ainda, a fim de assegurar ao lesado a justa reparação, o valor fixado na respeitável deve ser mitigado e reduzido de R$ 13.560,00 (treze mil, quinhentos e sessenta reais) para R$ 8.000,00 (sete mil e quinhentos reais) (sic), mantida a forma de incidência de correção e juros determinada em primeira instância.

Já se definiu outrora que "o valor da indenização por dano moral se sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso." (Resp nº 214.381, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira , J. 29.11.1999).

Acesso ao Sumário

Por fim, também no tocante aos honorários advocatícios, diante da reciprocidade sucumbencial, não cabe aqui qualquer alteração, posto que fixados de forma fundamentada na respeitável sentença apelada com equilíbrio,

encontrando amparo no artigo 21, do Código de Processo Civil, observados os parâmetros ali delineados.

Ante o exposto, afastada a matéria preliminar, no mérito, nega-se provimento ao recurso de apelação dos autores, e, em seguida, dá-se parcial provimento ao das requeridas para reduzir o "*quantum*" indenizatório, sem reflexo nas verbas sucumbenciais, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0162710-75.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ANTILHAS, é apelado CLAIRE DE MONTILLE.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 00.046)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Ação Consignatória. Manutenção da diferença entre taxa condominial das unidades tipo e das coberturas. Inaplicabilidade do instituto da *Surrectio*. Convenção condominial prevê rateio da taxa condominial proporcionalmente à fração ideal de cada unidade. Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de ação de consignação em pagamento com pedido liminar proposta por Claire de Montille contra Condomínio Edifício Antilhas, julgada procedente para autorizar a autora a continuar pagando o encargo de condomínio com a diferença de 10% entre a taxa das unidades tipo e de cobertura, bem como para confirmar a tutela antecipada, determinando que o réu se abstivesse de incluir o nome da autora no rol dos inadimplentes, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais). Sucumbente, a ré foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Acesso ao Sumário

Inconformado, apela o réu, pugnando pela reforma da sentença. Preliminarmente, alega o apelante que há cerceamento de defesa na medida em que o MM. Juiz proferiu julgamento antecipado, impedindo-o de produzir prova oral que considera imprescindível para o deslinde do feito. No mérito defende não haver impedimento para o aumento da diferença entre a taxa condominial cobrada para as unidades tipo e as coberturas, devendo ser utilizado para o cômputo das taxas o percentual da fração ideal. Alega que, na realidade, a diferença do rateio é no percentual de 11,2% e não 10% e que o permissivo assemblear legitima a cobrança das taxas da maneira como vinham sendo feitas, o que impossibilita a ocorrência da *surrectio*.

Processado o recurso, recebido no efeito suspensivo e devolutivo.

Contrarrazões apresentadas a fls. 198/202.

Os autos restaram encaminhados a este E. Tribunal.

É o relatório do essencial.

O recurso interposto merece ser provido.

2. Inexiste motivo para anulação da r. sentença, pois absolutamente desnecessária a produção de prova oral, encontrando-se os autos devidamente instruídos com as provas documentais necessárias ao deslinde da controvérsia.

A convenção condominial juntada pela apelada a fls. 31/46, prevê no parágrafo primeiro do artigo sexto: “As despesas de condomínio serão previstas em orçamento anual, rateadas **proporcionalmente à fração ideal de terreno de cada unidade**, na forma do parágrafo 1º do artigo 2º desta Convenção e arrecadas antecipadamente por trimestre a vencer”. (*Grifei*)

Esta também a disposição do artigo 1336, I, do Código Civil.

Em que pese o fato da cobrança da taxa condominial ter sido feita utilizando-se, durante os últimos nove anos, a diferença de 10% entre as unidades tipo e as unidades de cobertura, não é caso de aplicação do instituto da *surrectio*.

Buscando o apelante, a partir de Junho de 2011, tão somente o cumprimento da convenção condominial e de lei, que prevê que a cobrança deve ser rateada proporcionalmente à fração ideal da unidade, autorizações anteriores, em outro sentido, não têm mais validade.

Eventual discordância de condômino com relação ao rateio da cobrança das taxas condominiais poderá ser superada em deliberação assemblear futura, desde que respeitadas as condições previstas na convenção condominial.

3. Em face do exposto, meu voto dá provimento ao recurso, para julgar a ação improcedente, nada impedindo que, a partir de Junho de 2011, o rateio da taxa condominial ocorra proporcionalmente à fração ideal da unidade do Condomínio Edifício Antilhas, com inversão do ônus da sucumbência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0105653-64.2009.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOELMA SANTOS COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados FÁBIO DE MELO DINIZ e ELAINE DE CÁSSIA PEREIRA DINIZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14/21497)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Imissão de Posse - Apelante adquiriu imóvel mediante financiamento com a CEF, credora hipotecária - Inadimplemento do financiamento levou à execução extrajudicial e aquisição do imóvel pelos Apelados - Eventual irregularidade da arrematação estranha ao objeto desta Ação (súmula nº 5 TJSP) - Validade da execução extrajudicial confirmada pela Justiça Federal - Recurso improvido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou procedente Ação de Imissão de Posse proposta pelos Apelados em face da Apelante.

A Apelante adquiriu o imóvel objeto desta ação (registro n° 3, fls. 32v e 33) mediante financiamento da CEF, que se tornou credora hipotecária (registro nº 4, fls. 33). Ante o inadimplemento do financiamento, o imóvel foi adjudicado à CEF (registro nº 6, fls. 33v), que vendeu o imóvel ao casal de Apelados (registro nº 7, fls. 34), que por sua vez propôs esta ação buscando a imissão na posse do imóvel.

A Apelante respondeu dizendo que a execução extrajudicial foi irregular e que propôs ação visando sua anulação, a qual teria sido julgada procedente (v. cópia do acórdão às fls. 98/100).

Em réplica, os Apelados demonstraram que a decisão juntada pela Apelante fora dada em processo de ação cautelar e revertido (cf. fls. 108) em

Acesso ao Sumário

função do julgamento pela improcedência da ação principal (decisão da principal às fls. 114).

Em réplica, os Apelados demonstraram que a decisão juntada pela Apelante fora dada em processo de ação cautelar, acessório da principal, a qual foi julgada em desfavor da Apelante.

O d. Magistrado julgou a Ação procedente, por entender que (1) o direito de propriedade dos Apelados foi comprovado suficientemente pela apresentação do registro; (2) irregularidades na execução extrajudicial pela CEF deve ser perseguida em ação própria; (3) a ação visando à anulação da execução extrajudicial fora julgada improcedente.

A Apelante recorre, insistindo que não foi notificada na execução extrajudicial que levou à perda do imóvel para a CEF e que isso foi reconhecido pela Justiça Federal, que teria decidido pela anulação da execução.

Recurso recebido e respondido.

É o Relatório.

Esta ação limita-se a discutir o direito à posse derivado da propriedade do imóvel pelos Apelados, descabendo revolver a regularidade do procedimento extrajudicial pelo qual a Apelante perdeu seu imóvel à CEF, credora hipotecária. Nesse sentido a súmula nº 5 deste Tribunal:

> "Na ação de imissão de posse de imóvel arrematado pelo credor hipotecário e novamente alienado, não cabe, por ser matéria estranha ao autor, a discussão sobre a execução extrajudicial e a relação contratual antes existente entre o primitivo adquirente e o credor hipotecário".

Ainda que assim não fosse, a validade da execução extrajudicial foi confirmada pela Justiça Federal. Isso porque a Apelante propôs duas ações em face da CEF perante a Justiça Federal: a ação cautelar nº 0010972-33.2006.4.03.6100, na qual buscava a suspensão da execução extrajudicial, e a ação principal nº 0006014-67.2007.4.03.6100, buscando a anulação da execução extrajudicial.

Apesar de ter havido decisão favorável à Apelante no bojo da ação *cautelar* (fls. 98/100), a ação *principal* foi finalmente julgada improcedente em sentença confirmada pelo r. TRF da 3ª Região em fins de 2012 (cf. decisão de fls. 489/90), o que ensejou a perda do objeto da cautelar (fls. 493).

Assim, o título com base no qual os Apelados requereram a imissão na posse se encontra integralmente hígido, merecendo a posse do imóvel, restando correta a sentença ora impugnada.

Destarte, confirmo a sentença com ratificação de seus fundamentos como permite o art. 252 do RITJESP.

Isso posto, pelo meu voto, **nego provimento ao Recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0176096-41.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NEIDE TEIXEIRA GIL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado KARINA GIL BORGES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4549)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), MARY GRÜN e WALTER BARONE.

São Paulo, 23 de maio de 2014.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Condomínio - Uso exclusivo do bem por coproprietário - Arbitramento de aluguéis - Adequação - Despesas ordinárias de condomínio a serem pagas pelo réu que usufrui do bem. O uso exclusivo de bem indivisível por condômino, na hipótese, é causa suficiente para o arbitramento de aluguéis, de molde a evitar o enriquecimento sem causa. As despesas condominiais ordinárias, previstas no § 1º do artigo 23 da Lei nº 8.245/1991, são devidas pela ré, por usufruir diretamente do bem. Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou extinta, sem a resolução de mérito, a ação de arbitramento de aluguel.

Alega a apelante: a) detém a fração ideal de um terço do bem e a apelada é detentora de apenas um sexto do bem, embora o utilize de forma exclusiva; b) a ré cria obstáculos à alienação do imóvel e, mesmo após notificada extrajudicialmente, nega-se a pagar alugueres aos demais condôminos; c) a apelada deve arcar integralmente com o pagamento dos condomínios; d) juntou a matrícula e pesquisa de mercado da Secovi no qual calculada a média do valor de locação de imóvel semelhante; e) por ser condômina de bem indivisível tem interesse de pedir indenização pelo uso exclusivo; f) a causa está madura para

Acesso ao Sumário

julgamento do mérito; g) não há provas a serem produzidas; h) a apelada não manifesta oposição ao uso exclusivo do imóvel de Santos.

2. Na contestação, disse a ré que não impôs empecilho para a venda dos bens. Foi estabelecido que poderia fruir do imóvel em que reside, enquanto a autora utiliza o imóvel de Santos de forma exclusiva. O aluguel médio de apartamento de mesma metragem corresponde a R$ 800,00.

A autora manifesta oposição ao uso exclusivo do imóvel pela ré e não há notícia de que tenham formulado acordo para que cada uma das partes utilize determinado imóvel, sendo possível, em princípio, que a ré também exija da autora o pagamento de aluguéis pelo imóvel que ela utiliza de forma exclusiva. Assim, está presente o interesse de agir, ante a inexistência de acordo e a negativa da ré em pagar os aluguéis.

O uso exclusivo de bem indivisível por condômino, na hipótese, é causa suficiente para o arbitramento de aluguéis, de molde a evitar o enriquecimento sem causa.

A ré admite em contestação que imóveis semelhantes tem sido oferecidos à venda pelo preço de R$ 170.000,00 e juntou cópia de "demonstrativo de contas" de vizinho que indica o valor cobrado de R$ 839,00 de aluguel. A autora, por sua vez, trouxe aos autos documentos que podem, apenas de forma genérica, indicar o valor do imóvel e do aluguel, não devendo ser considerados para a apuração do locativo.

Assim, é razoável a fixação do aluguel em R$ 850,00, equivalente a 0,5% de R$ 170.000,00. Será pago à autora apenas a terça parte de tal valor, devido a partir do recebimento da notificação extrajudicial em 15 de março de 2012. Os valores serão corrigidos da publicação do acórdão e os juros incidirão da citação.

As despesas condominiais ordinárias, previstas no § 1º do artigo 23 da Lei nº 8.245/1991, são devidas pela ré, por usufruir diretamente do bem.

As demais despesas condominiais deverão ser rateadas entre os coproprietários.

Em razão da alteração da sentença, condeno a apelada ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários ao advogado da autora que fixo, observados os parâmetros do parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, em R$ 2.000,00, observada.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para julgar os pedidos formulados na inicial procedentes.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0107661-49.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A, são apelados/apelantes NAV ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. e AS COMERCIAL LTDA..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação e deram parcial provimento ao adesivo, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21749)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 27 de maio de 2014.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIROS - Penhora sobre imóveis hipotecados em favor dos embargantes - Bens oferecidos pelos devedores para garantia de cédula de crédito bancário quando já havia ação capaz de reduzi-los à insolvência - Ausência de cautela do banco credor ao realizar o negócio com os executados - Dispensabilidade de demonstração de "*consilium fraudis*" - Fraude à execução caracterizada - Improcedência dos embargos - Subsistência da penhora - RECURSO NÃO PROVIDO.

RECURSO ADESIVO - Majoração da verba honorária - Sentença, para esse fim, parcialmente reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de embargos de terceiros julgados improcedentes pela r. sentença de fls. 323/329, de relatório adotado.

Apela o embargante visando desconstituir a penhora que recaiu sobre os imóveis hipotecados para garantia do crédito fornecido aos executados, diante ausência de qualquer ônus sobre os bens no momento da celebração do contrato, não se podendo presumir a ocorrência de fraude à execução (fls. 332/342).

Em mesma oportunidade foi apresentado recurso adesivo pelas

embargadas buscando majorar o valor fixado de honorários advocatícios (fls. 361/366).

Recursos recebidos (fls. 343 e 369) e respondidos (fls. 345/359 e 378/385).

Autos distribuídos inicialmente à 22ª Câmara de Direito Privado, ao Desembargador Relator Fábio Tabosa (fls. 388). Pelo v. acórdão de fls. 392/395, no entanto, não conheceram do recurso, com a redistribuição a esta Relatoria (fls. 398).

É o relatório.

Merece parcial reforma a r. decisão atacada.

Embargos de terceiros opostos a fim de obter o reconhecimento da higidez das hipotecas gravadas sobre os imóveis objetos de penhora em execução judicial.

Consta dos autos que os imóveis oferecidos pelos executados para garantia de pagamento de cédula de crédito bancário concedido pelo embargante foram objetos de penhora nos autos de execução movida pelas embargadas em face dos devedores.

Alega o credor hipotecário embargante que os imóveis foram hipotecados em 26.12.2007, ou seja, antes de efetivado o registro da penhora sobre os imóveis, havendo comprovação nos autos quanto ao negócio entabulado.

Contudo, pela análise das provas juntadas, a conclusão foi de caracterização de inequívoca fraude à execução, uma vez que os executados não dispunham de patrimônio capaz de garantir a dívida já em fase de execução, pelo que a demanda foi julgada improcedente pela r. sentença de fls. 323/329, para o efeito de declarar subsistente a penhora sobre os imóveis, restando mantida a ineficácia das hipotecas gravadas em relação às embargadas.

Daí o apelo do embargante.

Sem razão.

"*Somente se caracteriza a fraude de execução quando a alienação é realizada já pendente aquela demanda que dá origem à penhora, contra a qual se insurge o adquirente mediante embargos de terceiro*". (RSTJ 6/322, maioria, e JTA 120/223)

É o caso dos autos.

Depreende-se pelas provas juntadas que a concessão de crédito e a constituição das hipotecas sobre os imóveis ocorreram em 26 de dezembro de 2007 (fls. 37), quando já em curso execução de título judicial decorrente de sentença homologatória de transação, para pagamento pelos devedores, que se iniciou em 10 de maio de 2006 (fls. 193/195), com efetivação da penhora em 31 de janeiro de 2007 (fls. 216).

Presume-se, portanto, que a demanda era capaz de reduzir os executados

Acesso ao Sumário

à insolvência, dispensando inclusive a demonstração do "*consilium fraudis*" e configurada, dessa forma, a hipótese prevista no inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil.

Ademais, importante destacar que na fraude à execução o "*consilium fraudis*" é presumido, não se cogitando, para sua caracterização, da boa ou má fé de terceiros credores ou adquirentes dos bens.

Tramitava, portanto, a execução e, pelos dados apurados, resultou os executados reduzidos à insolvência, exatamente como previsto pela legislação a caracterizar a fraude.

Pois, "*alienado o bem pelo devedor depois de citado na execução, ocorreu a fraude à execução, independentemente das adquirentes terem ou não motivo para saber da existência da ação, independendo, outrossim do registro da penhora para a sua configuração. Basta a existência de demanda pendente, quando a alienação do bem se consumou, não tendo o exequente localizado outros bens passíveis de constrição. Não se faz necessária a inscrição da penhora. Ao tempo da alienação, não só já corria a ação de execução, tendo ocorrido a citação válida do devedor, como já ocorrera a penhora do imóvel e a respectiva intimação dos proprietários. E, a alienação, na pendência da ação, faz, por presunção legal, que o referido ato de aquisição tenha se verificado em fraude à execução, contentando-se a lei com a existência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência, nos termos do artigo 593, inc. II, do Código de Processo Civil.*" (TJ/SP, Apelação cível nº 994.09.273866-3, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. DES. Testa Marchi).

Mais: "*a ineficácia da alienação em fraude à execução, também prescinde de comprovação nos autos da intenção fraudulenta ou de que o adquirente saiba da existência da ação. Caracteriza-se com a alienação de um bem do devedor, a partir da citação válida para os termos da ação movida, seja de conhecimento, seja executiva*" (*in* julgado supra apontado).

Portanto, tendo em vista que na época da constituição das hipotecas já pendia contra os devedores ação de execução, bem como já determinada a efetivação da penhora, tem-se que as garantias oferecidas para pagamento do crédito fornecido pelo embargante se deram em fraude à execução, sendo declaradas ineficazes as hipotecas gravadas com relação às embargadas, sendo subsistente a penhora efetivada nos autos do cumprimento de sentença.

Com relação aos honorários advocatícios, merece a r. sentença parcial reforma.

A verba honorária deve mostrar-se adequada ao limite da ação tratada.

O valor fixado em prol dos patronos das embargadas - R$ 3.000,00 para cada uma - revela-se, pelas circunstâncias, inadequado, cumprindo, portanto, a majoração como reclamada.

Acesso ao Sumário

Pois "*(...) a dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em consideração pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado.*" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7ª edição, página 381).

Dessa forma, comporta majoração do valor antes fixado e, para tanto, fica arbitrada a honorária definitiva em R$ 7.000,00 (sete mil reais) para cada embargada, quantia que, sem dúvida, atende aos limites preconizados pelo parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Impõe-se, portanto, a parcial reforma da r. sentença de fls. 323/329 apenas para a majoração dos honorários advocatícios dos patronos das embargadas, mantido no mais, o teor da r. sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso do embargante e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao adesivo das embargadas.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001453-43.2013.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado FRANCISLAINE ZANATA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES e FERNANDES LOBO.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

CAMPOS MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Indenização. Dano moral. Tratamento constrangedor sofrido pela autora no interior de agência bancária. Violação da conduta exigida pela Lei 10.048/2000, que determina tratamento

prioritário a gestantes. Sentença de procedência. Dano extrapatrimonial configurado. Dever de indenizar. Redução do montante arbitrado. Recurso provido em parte.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 105/110, que julgou procedente demanda ordinária de indenização de dano extrapatrimonial ajuizada por pretendente a financiamento contra instituição financeira, em decorrência de constrangimentos sofridos pela autora em agência bancária e condenou o réu ao pagamento da importância discriminada no dispositivo da decisão.

Alega o recorrente que não foi negado o atendimento à autora e que em nenhum momento a autora foi submetida a situação vexatória. Assevera não ter ocorrido dano moral. Pede a inversão do resultado e, alternativamente, a redução do montante arbitrado.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso comporta provimento apenas em parte.

A prova oral revela que a autora, em estado de gestação na época dos fatos, não recebeu o tratamento prioritário que lhe é assegurado por lei (art. 1º da Lei 10.048/2000, na redação da Lei 10.741/2003). É o que determina, especificamente em relação às instituições financeiras, o parágrafo único do art. 2º do aludido diploma legal.

Não só não houve atendimento prioritário. Ao contrário, a prova oral inserida em mídia eletrônica (cf. fls. 59) revela que a apelada ainda foi tratada com rispidez pelos prepostos do apelante. Em tais circunstâncias, máxime levada em conta a gravidez de risco da autora, algo que foi alegado na inicial e não foi impugnado, ficou devidamente configurado o dano extrapatrimonial que rende ensejo ao dever de indenizar.

Cabível, porém, reduzir o valor arbitrado em 1º grau. Nesse ponto, cumpre relembrar que a indenização, nas hipóteses em que há dano moral, tem caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório, em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, "Responsabilidade Civil", Forense Ed., 1989, p. 67; Delfim Maya de Lucena, "Danos não Patrimoniais", Ed. Almedina, 1985, p. 63; Sérgio Severo, "Os Danos Extrapatrimoniais", Ed. Saraiva, 1996, p. 191; João Casillo, "Dano à Pessoa e sua Indenização", Ed. RT, 2ª ed., 1994, p. 83; Clayton Reis, "Avaliação do Dano Moral", Ed. Forense, 1998, pp. 82, 122 e 126). É sabido ainda que fixação excessiva deve ser evitada, visto que gera enriquecimento indevido do ofendido (STJ - Rec. Esp. 596.438/AM, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 24.5.04, p. 283).

Acesso ao Sumário

Assentadas tais premissas, razoável arbitrar na espécie a indenização em R$ 7.000,00, montante que contempla satisfatoriamente ambas as finalidades da indenização. Assim, estará sendo adequadamente reparado o dano sofrido, tanto do ponto de vista compensatório, quanto do punitivo, servindo tal importância de fator dissuasório suficiente à não reiteração do procedimento ilícito. Anote-se que não se justifica indenização quantificada em valores mais elevados, que devem ser reservados para compensar e punir ofensas a bens imateriais que sejam dignos de maior proteção. Os dissabores, os aborrecimentos, até as eventuais humilhações que a autora sofreu foram transitórios e seus efeitos não deverão perdurar, ao contrário do que ocorre em casos de lesões físicas irreversíveis ou em casos de perda de ente querido, ou ainda quando alguém é vítima de algum crime contra a honra.

É para essa única finalidade que o recurso merece acolhimento parcial, mantida no mais a r. sentença.

Pelo exposto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001046-73.2013.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante FLÁVIA SALZALLI MEDEIROS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MARIA TEREZA DA SILVA MEDEIROS.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7948)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 4 de junho de 2014.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Comodato. Pedido formulado pela usufrutuária. Alegação de extinção do usufruto. Não ocorrência. Direito da usufrutuária à devolução, que foi cedido graciosamente ao filho e nora, com permanência desta no imóvel após a separação do casal. Solicitação para

desocupação não atendida. Esbulho caracterizado. Sentença de procedência da ação confirmada. Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO

Ação de reintegração de posse foi, pela r. sentença as fls. 85/88, de relatório adotado, julgada procedente para determinar a reintegração da autora na posse do imóvel referido na petição inicial, concedendo à ré o prazo de 30 dias para desocupação voluntária, sob pena de desocupação forçada, e no pagamento das custas despesas processuais e verba honorária em 10% do valor da causa, observada a gratuidade que a ré goza, nos termos do artigo 12, da Lei nº 1.060/50.

Apela a ré (fls. 98/102) reiterando os argumentos da contestação, na qual alegou extinção do usufruto, pois há mais de 16 anos a autora deixou de usar o imóvel, objeto da ação, entendendo que deve ser aplicada a regra geral da prescrição do artigo 205, do Código Civil.

Recurso tempestivo, sem preparo e respondido.

VOTO

O recurso não comportaria conhecimento, vez que as razões de apelação (fls. 98/102) constituem repetição de parte daquelas lançadas em contestação (fls. 59/63).

Contudo, para que não se alegue negativa de prestação jurisdicional, o exame do mérito, conduz à convicção de que a respeitável sentença bem examinou os fatos e deu solução adequada ao litígio.

Dos judiciosos fundamentos da decisão impugnada se colhe que, efetivamente, não houve extinção do usufruto, como propugnado pela apelante, tendo a autora comprovado com certidão do álbum imobiliário ser "*usufrutuária do imóvel objeto da matrícula n. 13.720, o que é reconhecido em contestação. Por sua vez, a requerida, em contestação, afirma que ocupa o imóvel a título de comodato e que está se divorciando de seu marido, o nu proprietário do imóvel. Com efeito, o ordenamento jurídico confere aos usufrutuários, possuidores diretos, o exercício dos interditos possessórios (...). E não aproveita à requerida o fato de estar residindo no imóvel há vários anos, pois conforme dispõe o art. 1.208, do Código Civil, não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (...). O direito de posse, direta ou indireta ao usufrutuário, não pode ser tolhido e nem limitado (...). Na hipótese, a autora não estava exercendo a posse direta porque tolerava a posse de seu filho e de sua nora, mas a posse indireta sempre lhe foi assegurada na qualidade de usufrutuária. Portanto, restando evidente do conjunto probatório que a permanência da*

Acesso ao Sumário

requerida no imóvel apenas foi tolerada pela autora e não é mais permitida ou tolerada, impunha-lhe respeitar o limite imposta à sua ocupação, sob pena a de caracterização de precariedade da posse (CC, ar. 1.202)".

De fato, é incontroverso que a autora cedeu o imóvel a título gratuito para moradia do filho e nora e, havendo pedido de devolução, ainda que verbal, tal solicitação tem por virtude o desfazimento do vínculo, sendo indisputável que a recusa de devolução acarreta, por ficção jurídica, esbulho possessório.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0218460-67.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FINDER'S FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA., TOMAS CARLOS CRHAK, OSWALDO ALVES e DUST TECNOLOGIA EM LIMPEZA LTDA., é apelado JANI-KING FRANCHISING INC.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.686)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente) e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

FERNANDES LOBO, Relator

Ementa: CONTRATO DE FRANQUIA - Obrigação de não fazer - Contrato de "*franchising*" rescindido - Culpa da franqueada - Inconteste violação pelos corréus da cláusula de não-concorrência, segundo a prova dos autos - Inocorrência de afronta ao art. 170, V, da CF, pactuada aquela com pleno embasamento no inciso XIV (alíneas "a" e "b"), do art. 3º, da Lei 8.955/94 - Presença dos requisitos do art. 461 do CPC - Carência acional afastada - Inocorrência de nulidade da sentença por falta de fundamentação - Defesa não cerceada - Legitimidade passiva das corrés reconhecida - Multa diária admissível, com fulcro no art. 461, § 4º, do CPC, para desestimular o descumprimento de

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

decisão judicial - Desnecessidade de intimação pessoal, só admissível no processo executório - Dano moral ocorrente - Valor compensatório adequadamente fixado - Não conhecimento da questão pertinente ao percentual de "*royalties*", discutido em ação diversa - Recurso não provido, na parte conhecida.

VOTO

VISTOS.

Cuida-se de apelação contrária à sentença de fls. 1291/1300-1324, que julgou procedente esta ação de obrigação de não fazer, com outros pedidos cumulados, ajuizada por JANI-KING FRANCHISING INC. em face de FINDER'S FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA. E OUTROS, condenando os réus na obrigação de não praticar concorrência desleal, além de pagar as indenizações descritas no dispositivo (fls. 1299/1300), com imposição de *astreinte*. Reflexos patrimoniais da sucumbência a cargo dos acionados, rejeitados os seus declaratórios e acolhidos os da demandante (fls. 1529/1529v.).

Apelaram os réus (fls. 1339/1426), em extenso arrazoado, arguindo a nulidade da sentença, por falta de fundamentação idônea. Sustentam, também, carência da ação por ausência do interesse de agir e por ilegitimidade passiva das partes Dust, Tomás e Oswaldo. No mérito, pleiteiam a integral improcedência, repisando longamente as teses já aduzidas em sede contestatória - no sentido de que houve, na realidade, inadimplência da apelada Jani-King, causa única e determinante da "rescisão do contrato de franquia regional" (fl. 1408). Pugnam, ainda, pelo afastamento das *astreintes* cominadas na sentença, prequestionando toda a legislação apontada.

Resposta às fls. 1467/1500.

É o essencial.

Saliente-se, de início, que a questão pertinente ao percentual a título de *royalties*, agitada às fls. 1340/1341, refere-se à matéria paralela à presente demanda, tratada em ação diversa, como salientado pelo magistrado sentenciante (fl. 1298), não conhecido o recurso nesta parte.

Há evidente interesse de agir. A autora lançou mão da ação para fazer valer a cláusula de não-concorrência firmada em contrato de franquia e obstar a utilização, por parte da franqueada, das informações e conhecimentos técnicos que lhe foram transferidos em caráter confidencial, para proteção de seu negócio. Não há que se falar, portanto, em quitação tácita e extinção do feito por carência de ação.

Como anotado pelo Des. ROBERTO BEDAQUE, em v. acórdão da sua lavra, na apelação nº 7.024.240-3, da Comarca de São Paulo (voto nº 12.538):

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

"De fato. O exame das condições da ação deve ser feito à luz da situação jurídica de direito material posta pelo autor na petição inicial. Isto é, examina-se hipoteticamente a relação substancial, para extrair dali a possibilidade jurídica da demanda, o interesse e a legitimidade. Trata-se de análise realizada *in statu assertionis*, ou seja, mediante cognição superficial que o juiz faz da relação material (cfr. REsp 21.544-0-MG, STJ, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 8.6.92, p. 8.619; AI 40.951-1-SP, STJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 8.10.93, p. 21.091; v. tb. Apel 957.537-3, São Paulo, TJSP, 22ª Câm. Dir. Priv., j. 23.8.05; Apel 946.715-0, Lins, TJSP, 22ª Câm. Dir. Priv., j. 14.6.05; Apel 948.213-9, Catanduva, TJSP, 22ª Câm. Dir. Priv., j. 24.5.05; em sede doutrinária, cfr. *JUSTITIA* nº 156/48; José Carlos Barbosa Moreira, *Legitimidade para agir. Indeferimento da petição inicial,* in *Temas de direito processual*, vol. I, Saraiva, pp. 198 e ss.; Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, RT, 1987, pp. 58 e ss.; Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, RT, 1979, p. 83; Ary de Almeida Elias da Costa, *A legitimidade das partes na doutrina e na jurisprudência*, Coimbra, Livraria Almedino, 1965, p. 32/34; Giovanni Verde, *Profili del processo civile, parte generale*, Jovene Ed., Napoli, 1978, p. 130; Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, 2ª ed., Grappichelli Ed., p. 55; Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, CEDAM, 1975, p. 134 e *Note in tema di diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 160)".

Alega a apelante nulidade da sentença por falta de fundamentação, o que ofende o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e os artigos 131, 165 e 458, inciso II, todos do Código de Processo Civil.

Não padece a sentença da eiva de insuficiente fundamentação. Somente a ausência de fundamentação, não ocorrente na espécie, poderia ensejar decretação de nulidade da decisão. Fundamentação sucinta ou concisa, mas que indique com clareza os motivos que levaram o juiz a decidir como decidiu, não é causa de nulidade (AgRg no AG 517.122/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16.2.04; REsp 412.951/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 31.3.03; REsp 434.489/RN, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 25.11.02; REsp 328.202/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 24.9.01; REsp 447.622/PE, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 17.3.03; REsp 255.271/GO, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 5.3.01; REsp 213.991/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 13.9.99, *inter alia*).

Dessarte, fica afastada a alegada eiva.

Inconsistente, também, a alegação de nulidade da sentença, por ter o juiz julgado a lide no estado do processo.

JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed. Forense, vol. III, 2.001, p. 426), sobre o julgamento antecipado da lide, por desnecessidade da instrução, preleciona:

Acesso ao Sumário

"Examinados pelo juiz, com ou sem argüição do réu, os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo, bem como as condições da ação e sanadas as irregularidades ou nulidades, se desse exame não decorre a extinção do processo, cumpre ao juiz proferir julgamento segundo o estado do processo conhecendo diretamente do pedido ou simplesmente saneando o feito".

Isto é, pode o julgamento conforme o estado do processo consistir numa das seguintes decisões: a) extinção do processo (art. 329); b) julgamento antecipado da lide (art. 330); c) saneamento do processo (art. 331).

Na hipótese enfocada, a documentação trazida aos autos, na fase postulatória, mostra-se suficiente para o julgamento da lide, sendo despicienda a produção de outras provas e, destarte, era de rigor o julgamento antecipado da lide, com fulcro no inciso I do art. 330 do Código de Processo Civil, não se podendo cogitar da ocorrência de cerceamento de defesa.

O alegado cerceamento de defesa não existiu. Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder (cf. Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 35ª ed. Saraiva, p. 409, art. 330, nota 1).

Quanto às ilegitimidades passivas arguidas:

A Finder's Franchising e Participações Ltda. é representada por Tomás Chrak, que também representa Dust Tecnologia em Limpeza Ltda., da qual faz parte Osvaldo Alves, tendo aquela, que operava sob a marca Jani King, após a rescisão unilateral do contrato, passado a utilizar o nome fantasia Primia (fl. 271), no mesmo ramo de prestação de serviços, estranhamente com endereço no mesmo local do escritório de advocacia que representa os apelantes (fl. 400), todos eles citados na nesta ação.

Acrescente-se que não restaram dúvidas de que, através da marca Primia, voltada para o mesmo ramo de serviços da anterior franqueadora (Jani King), acabaram por violar o comando da decisão que concedeu a tutela antecipada, na presente demanda, confirmada pelo julgamento do agravo de instrumento nº 7.312.459-7, ocorrido em 04 de março de 2009 (fls. 1053/1059).

Patente, dessarte, a legitimidade passiva dos ora apelantes.

Meritoriamente, melhor sorte não colhe a irresignação dos apelantes.

A Lei nº 8.955, de 15.12.94, em seu art. 2º, conceitua a franquia como o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Acesso ao Sumário

O instituto surgiu em 1860, nos Estados Unidos, em face do desejo de expansão da indústria Singer Sewing Machine, com o aumento dos lucros aliado a investimentos de pouco capital, tendo como base o credenciamento de agentes em diversos pontos do país, concedendo-lhes os produtos, marca, publicidade, *know-how* e técnicas de venda (Des. Rubens Cury - Agravo nº 0003953-89.2011.8.26.0000, voto nº 17.503).

O contrato de franquia firmado entre as partes, em 26.03.92, vem noticiado às fls. 30/80, pelo prazo de 20 (vinte) anos, com a concessão, por parte da franqueadora aos franqueados, do direito exclusivo de estabelecer e de operar uma "Franquia Regional JANI-KING e uma licença para utilizar os métodos, procedimentos e produtos desenvolvidos JANI-KING, na atividade de comercialização e assistência a franquias de serviços gerais de limpeza e manutenção, bem como a venda, arrendamento ou distribuição de materiais e equipamentos no território descrito como: (...)" (fl. 75).

Os aditamentos não alteraram o objeto principal do contrato original.

Pela avença, ficou estabelecida a cláusula de não-concorrência, pelo prazo de dois anos, após o término do contrato de franquia, independentemente da causa de rescisão (fl. 52 - cláusula nº 5.1).

Em data de 07 de novembro de 2.008, a franqueada, Finder's Franchising e Participações Ltda., através da notificação documentada às fls. 259/270, unilateralmente, rescinde o contrato de franquia, atribuindo à franqueadora culpa pela rescisão.

Sendo o sistema de franquia o componente final de um negócio formatado e desenvolvido pelo franqueador, qualquer franqueado, ao término da relação contratual, é detentor de enorme gama de informações e conhecimentos técnicos que lhe são transferidos em caráter confidencial pelo franqueador, havendo necessidade do franqueador proteger o seu negócio ao término da relação contratual, encontrando o estabelecimento dessa salvaguarda de não-concorrência o mais absoluto embasamento no inciso XIV (alíneas "a" e "b"), do art. 3º, da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, com o que se afasta qualquer afirmação de violação ao disposto no art. 170 e seu inciso IV, pertinentes à livre iniciativa e à livre concorrência.

Acesso ao Sumário

O legislador teve por objetivo resguardar o direito do franqueador no tocante aos segredos do seu negócio e contra a concorrência desleal, indiscutível que os franqueados, signatários do contrato, através da clareza da cláusula de nº 5.1 (fl. 52), tiveram prévio conhecimento das restrições, obrigações e responsabilidades que teriam para com a franqueadora, após o término da relação contratual, pelo período de 2 (dois) anos, não restando dúvidas de que a autora, ora apelada, veio a ter os segredos e métodos de seu negócio usurpados pela conduta ilícita, ao arrepio do contrato, dos corréus, ora apelantes.

Falsa a afirmação dos apelantes de que, somente após 17 anos de vigência do contrato de franquia, constataram que os métodos e o modelo de negócio franqueado, cuja tecnologia teria sido supostamente transferida à franqueada, a corré Finder's, se mostrava inviável ao mercado brasileiro, razão pela qual desenvolveram, exclusivamente, modelo de negócio totalmente diferenciado da tecnologia mantida pela autora, esta dirigida ao atendimento dos padrões existentes em países desenvolvidos, inaplicável ao ambiente nacional, nada havendo, portanto, a ser protegido pela indigitada cláusula de não-concorrência.

Aduza-se que, em 19 de fevereiro de 2008, pelo contrato de franquia firmado entre Finder's Franchising Participações Ltda. e C & M Costa Serviços de Limpeza Ltda., de São José dos Campos, aquela alude ao sistema de serviços, sob a marca "JANI-KING USA", e ao "know-how" desta, de administração de redes de franquia, descritos e caracterizados no anexo do ajuste (fl. 571).

Incontestável, pela documentação trazida ao bojo dos autos, que os corréus, signatários do contrato de franquia originário, por seus representantes, em "sociedades paralelas e por sucessivas e crescentes condutas, vêm explorando o mesmo seguimento objeto da franquia contratada, com flagrante violação à clausula de não-concorrência pelo prazo de 2 (anos) após o término do contrato de franquia (ns. 5.1 e 6.1)".

Claro o farpeamento à cláusula de não-concorrência por parte dos corréus, no período defeso, com a constituição de empresas, congêneres da autora, mostrando a similaridade entre os serviços na exploração do mesmo ramo de atividades.

Inafastável que, por tais violações, assistiria à franqueadora, ora autora, e não ao franqueado, o direito de rescindir o contrato de franquia por justa causa.

Com efeito, a multa diária arbitrada mostra-se compatível com a situação dos autos, além de encontrar amparo legal nos arts. 273, § 3º e 461, § 4º, ambos do Código de Processo Civil, já que a tutela antecipada deferida esboça uma obrigação de não fazer.

Sobre o tema:

"AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. LIMINAR PARA EXCLUIR NOME DO DEVEDOR DOS CADASTROS DE DEVEDORES. MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. ART. 461, § 4º, DO CPC. 1. 'A fixação de multa para o caso de descumprimento de decisão judicial, expressa no dever da instituição financeira de proceder à retirada do nome do devedor de cadastros de proteção ao crédito, encontra previsão no art. 461, parágrafos 3° e 4°, do CPC, haja vista a decisão se fundar em uma obrigação de fazer.' (AgRg no Ag n. 563.875/RS) Agravo regimental improvido." (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 559978/RS, rel. Min. Barros Monteiro, v.u., j. 1º.9.2005).

"A multa diária tem por objetivo induzir o réu ao cumprimento da ordem

Acesso ao Sumário

*judicial e não o de ressarcir o autor. Nas palavras do Prof. Nelson Nery Junior, 'o objetivo das 'astreintes' não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória' (*in *'Código de Processo Civil Comentado', 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais)."*

"...a multa por descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer deve ser fixada pelo juiz em valor significativamente alto, justamente porque tem caráter inibitório, tendo como objetivo fazer com que o devedor cumpra a obrigação na forma específica. O valor alto deve ter potencialidade para inibir o devedor, fazendo com que prefira cumprir a obrigação na forma específica a pagar a multa." (TJSP, AC 128244-4/1, Rel. Des. Armindo Freire Mármora, j. 22.8.2002).

A cominação da multa se faz necessária, na medida em que seu caráter é coercitivo e a finalidade é desestimular o descumprimento da determinação judicial.

Eventual prejuízo, ao obrigado, só será experimentado caso não se abstenha de sua conduta recalcitrante, bastando, portanto, que cumpra a tutela deferida o quanto antes, a que fique isento do pagamento da multa, esclarecido, na espécie, que a pretendida intimação pessoal para cumprimento da tutela concedida, existente representação processual, mostra-se despicienda posto que não se trata de processo executório, como asseverado no mandado de segurança nº 991.09.045376-0, da lavra do Des. ANDRADE MARQUES, tendo por impetrante Finder's Franchising e Participações Ltda. e, como autoridade impetrada, este relator.

Ademais, o valor arbitrado inicialmente evidenciou-se insuficiente para que o corréu se abstivesse de sua conduta, mostrando-se, destarte, correta, inclusive, sua majoração, nos moldes definidos em embargos de declaração (fls.1324/1324v.), para R$ 10.000,00, que, portanto, está longe de ser excessivo, mas, ao contrário, foi fixado em valor compatível com o caso dos autos, considerando a capacidade econômica do destinatário, bem como a intenção inibitória que se pretende, a fim de coibir a desídia, ao exato cumprimento da obrigação imposta.

Quanto aos danos morais:

Não restam dúvidas, sendo natural e normal que, cada pessoa, natural ou jurídica, procure sempre alcançar a satisfação própria, o bem estar e a felicidade pessoal, valendo-se da coletividade e dos bens disponíveis, nos limites da ordem jurídica. (CARLOS ALBERTO BITTAR, Reparação Civil por Danos Morais, 2ª ed. RT, p. 44).

Segundo o prelecionamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Responsabilidade Civil, 4ª ed. Forense, 1993, p. 54):

"45. O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par

Acesso ao Sumário

do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como 'qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária', e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, e suas afeições etc. (*Traité de la Responsabilité Civile*, vol. II, nº 525)".

Com efeito, a autora, após longo tempo do exercício da franquia, ilaqueada em sua boa-fé, detendo a franqueada todo no *know-how* proporcionado pelo contrato, a par de lhe atribuir justa causa à denúncia do contrato, em patente afronta à cláusula de não-concorrência, deslealmente, passa a ofertar, através de sociedades paralelas, os mesmos serviços e *modus operandi* que, pela franquia, lhe foram transferidos em caráter confidencial pela franqueadora, obstando-lhe a proteção do seu negócio com o término da avença.

Tal situação, a exemplo de protesto indevido de título, é causa de constrangimentos para uma empresa séria e, consequentemente, de abalo à sua honra objetiva, à sua imagem perante a sociedade e, especialmente, ao seu ambiente de negócios, constituindo, assim, causa suficiente e autônoma para a procedência do pleito indenizatório por danos morais (súmula 227 do STJ).

O dano moral deve ser reconhecido, independentemente de prova, se por uma óbvia regra de experiência está autorizado o órgão julgador a presumi-lo, à luz da "observação do que ordinariamente acontece", para empregar a fórmula do art. 335 do CPC.

O valor de R$ 50.000,00, como fixado na sentença recorrida, não se mostra exagerado e deve ser mantido, considerando a prudência, o bom senso e atenção ao princípio da razoabilidade, em face do poderio econômico dos corréus (fl. 3.260), sob o duplo efeito: reparatório ou compensatório e punitivo ou repressivo; suficiente para reparar ou compensar a dor sofrida pela vítima e servir de desestímulo, a que se abstenham os correqueridos de praticar fatos da mesma natureza. Tal quantia há de ser corrigida monetariamente a partir da sentença, nos termos da súmula nº 362 do STJ, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, com juros de mora, pela taxa legal, a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

Pelo exposto, na parte conhecida, nega-se provimento ao recurso, para manter a notável prestação jurisdicional de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013424-13.2012.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante/apelado LUIZ ANTONIO SACONI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso do banco réu e negaram provimento ao do autor, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.707)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

MAURY BOTTESINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Revisional de contrato bancário - Financiamento de veículo - Legalidade dos juros contratados - Súmula 596 do STF - Capitalização mensal: Legalidade nos contratos posteriores a 30.03.2000 - MP 2.170-36/2001 - Sumula Vinculante nº 7, do STF - Legalidade da Tarifa de Cadastro, cobrada no início do negócio do tomador do empréstimo e a instituição financeira - Precedentes do STJ - Inexigibilidade da Tarifa de Registro de contrato e de gravame - Ilegalidade do repasse do custo de serviços administrativos, inerentes à atividade financeira - Reforma da sentença para afastar a devolução do valor cobrado a título de tarifa de cadastro - Recurso do autor improvido - Recurso do banco réu provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

É ação que LUIZ ANTONIO SACONI move contra BANCO BRADESCO S.A. pretendendo a revisão da cédula de crédito bancário nº 4272610115, fl. 18, de financiamento para aquisição de veículo, firmada em 12.02.2011. Insurge-se contra a taxa de juros, a capitalização e a incidência das tarifas de serviços concessionária/lojista, registro/gravame e de cadastro. Invoca a incidência do

CDC. A ação foi julgada procedente em parte, fls. 67/79. Sucumbência recíproca. Apela o autor, fls. 83/87. Insurge-se contra a taxa de juros, e a capitalização, terminando com pedido de reforma.

Apela o réu, fls. 91/108. Alega legalidade e força obrigatória do contrato, insurge-se contra a condenação à devolução das tarifas contratuais, terminando com pedido de reforma.

Recursos bem processados e sem resposta.

É o Relatório.

1. O contrato de financiamento bancário objeto da ação revisional tem cláusula de alienação fiduciária em garantia. É da Instrução de Trabalho SEJ-0001, do TJSP, que as "***ações e execuções oriundas de contrato de alienação fiduciária em garantia***" são da Competência preferencial da Seção de Direito Privado III - 25ª à 36ª Câmaras.

Nesse sentido: "***COMPETÊNCIA RECURSAL - Apelação - Ação que envolve alienação fiduciária - Hipótese em que a matéria não é da competência desta 13ª Câmara de Direito Privado, cabendo a análise do recurso por uma dentre a 25ª e 36ª Câmaras, nos termos da alínea III, do artigo 1º do Provimento CG 07/2007 deste E. Tribunal - Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição.***", (TJSP, 13ª Câm. Dir. Priv., Ap. 0022827-12.2011.8.26.0554, rel. Des. Ana de Lourdes Continho Silva, j. 28.11.2012).

O caso sob exame, no entanto, discute financiamento bancário com garantia de alienação fiduciária e pode ser julgado pela Seção de Direito Privado II, considerando que no TJSP, a distribuição da Competência entre as Seções de Direito Privado I, II e III, e respectivas Câmaras, é preferencial e não absoluta, segundo a Resolução nº 194/2004 do TJSP. Em observância aos Princípios da Economia e Celeridade Processual, e em respeito ao jurisdicionado, que aguarda a entrega da prestação jurisdicional a que tem direito, é caso de proferir o julgamento do recurso.

O autor pretende discutir as cláusulas do contrato de financiamento nº 4272610115, firmado em 12/02/2011, para aquisição de um veículo no valor de R$ 7.716,75 a ser pago em 36 parcelas de R$ 338,87, fls. 19/20.

2. O contrato firmado entre as partes é posterior à edição da MP n° 1.963-17/00, o que permite a capitalização mensal, bem como nele estão previstas expressamente as taxas de juros mensal e anual.

Além disso, instituição financeira credora é integrante do sistema financeiro e a ela não se aplicam as limitações da taxa de juros do Decreto 22.626, de 1933, a teor da Súmula 596 do STF, afirmando a inaplicabilidade da Lei de Usura a estas instituições, sejam elas públicas ou privadas. Nem sobrevive a limitação constitucional da taxa de juros, a teor da Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

Inacolhível, portanto, a insurgência contra a taxa de juros contratada.

3. Embora o magistrado tenha se referido à ilegalidade da comissão de permanência com outros encargos moratórios, observa-se que, na inicial, não há qualquer menção sobre a incidência dela, tampouco nas razões recursais.

De qualquer modo, porém, a referência desnecessária fica mantida na sentença, quando mais não seja, para alertar o devedor de que eventual inadimplemento pode conduzir à cobrança dos juros contratuais mesmo depois da resolução culposa do contrato, visto que os juros contratuais passam a se denominar "comissão de permanência" depois do vencimento da dívida, seja o vencimento ordinário, contratual, seja o vencimento extraordinário, ditado pelo inadimplemento do devedor.

4. Tocante às tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), em recurso repetitivo, o STJ decidiu que: "***DIREITO CIVIL. TARIFAS DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE EMISSÃO DE CARNÊ E TARIFA DE CADASTRO APÓS 30/4/2008. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). Não é possível a pactuação de Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e de Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) após 30/4/2008 (início da vigência da Resolução 3.518/2007 do CMN), permanecendo válida a pactuação de Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. Com o início da vigência da Resolução 3.518/2007 do CMN, em 30/4/2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Bacen. Em cumprimento ao disposto na referida resolução, o Bacen editou a Circular 3.371/2007. A TAC e a TEC não foram previstas na Tabela anexa à referida Circular e nos atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30/4/2008. Permanece legítima, entretanto, a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de 'realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao inicio de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente' (Tabela anexa à vigente Resolução 3.919/2010 do CMN, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011). Ademais, cumpre ressaltar que o consumidor não é obrigado a contratar esse serviço de cadastro junto à instituição financeira, pois possui alternativas de providenciar pessoalmente os documentos necessários à comprovação de sua idoneidade financeira ou contratar terceiro (despachante) para fazê-lo. Tese firmada para fins do art. 543-C do CPC: 'Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em***

30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.'" (REsp 1.251.331-RS e REsp 1.255.573-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgados em 28/8/2013).

Apesar de o contrato ter sido pactuado em 12.02.2011, e da inicial do autor ter mencionado a cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), o exame do ajuste permite constatar que esta tarifa não foi exigida pela financeira, e sim as Tarifas de Cadastro e de Registro do Gravame, limitando-se a questão somente quanto à validade delas.

5. Quando inicialmente pactuada entre as partes é exigível a Tarifa de Cadastro, nos moldes dos Precedentes do STJ, REsp 1.251.331-RS e REsp 1.255.573-RS.

Nesse sentido, esta 38ª Câmara, já decidiu que: ***AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. COBRANÇAS DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CUMULADA, TARIFA DE GRAVAME ELETRÔNICO, SERVIÇO DE TERCEIROS E SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. Não conhecimento, vez que os temas não constituem fundamento do pedido. Recurso não conhecido. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. Na cédula de crédito bancário, é devida a capitalização de juros, se tiver sido expressamente contratada. Artigo 28, § 1º, inciso I, da Lei nº 10.931/04. Sentença mantida. TARIFA DE CADASTRO. Cobrança. Admissibilidade. Existência de expressa previsão contratual, de conformidade com as Resoluções acerca da matéria do BACEN. Ressalvada a análise de abuso caso a caso e, anotado que a sua cobrança só pode se dar no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. Recurso não provido. IOF. Legalidade da cobrança. É lícita às partes convencionarem o pagamento do IOF por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, com sujeição aos mesmos encargos contratuais. Recurso não provido. DEMAIS TARIFAS. AVALIAÇÃO DE BEM E REGISTRO DE CONTRATO. Abusividade reconhecida. Cobranças afastadas. Ofensa aos artigos 46 e 51, IV, do CDC. Violação ao princípio da transparência, impondo ao consumidor obrigação inerente à própria atividade das instituições financeiras. Devolução do valor cobrado indevidamente na forma simples, por ausência de má-fé. Recurso provido. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. Inadmissibilidade. Ausência de má-fé do banco. Inteligência dos artigos 42, do Código de***

Acesso ao Sumário

Defesa do Consumidor e 940 do atual Código Civil. Recurso não provido. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA. (Apelação nº 0000859-40.2012.8.26.0634, Relator Fernando Sastre Redondo, j. em 04.12.2013).

6. A cobrança referente à Tarifa de Registros, assim como da Taxa de Gravame não é ilegal nem abusiva, porque decorre do fiel cumprimento das normas da Resolução CONTRAN n. 124/01 e Portaria DETRAN n. 1070/01, a inserção e baixa de ônus fiduciário ou outra forma restritiva à alienação do veículo aproveita a ambas as partes, uma vez que a utilização do sistema propicia a desburocratização dos atuais mecanismos e previne o manuseio de documentos e papéis, passíveis de eventuais fraudes e ilícitos penais, com prejuízos diretos aos envolvidos e, eventualmente, aos terceiros de boa-fé.

7. O único reparo que merece a sentença é a exclusão da devolução da cobrança de tarifa de cadastro. O autor tem direito a devolução do montante que pagou a mais, de forma simples, porque ausentes o dolo ou má-fé na conduta da instituição financeira.

O Voto **NEGA PROVIMENTO** ao recurso do autor e **DÁ PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso do réu para reformar a sentença para afastar somente a devolução do valor cobrado a título de tarifa de cadastro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0132238-57.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TATIANE FLOR COELHO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TAM LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20583)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: TRANSPORTE AÉREO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - OPÇÃO DA PRÓPRIA AUTORA

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

DE REMARCAR A DATA DE SUA VIAGEM, EM RAZÃO DO "FURACÃO IRENE" PREVISTO NA CIDADE DE DESTINO, EMBORA CONFIRMADO O VOO PELA COMPANHIA AÉREA - RESPONSABILIDADE NÃO CARACTERIZADA - VALOR DA TAXA DE REMARCAÇÃO LEGÍTIMO E QUE SE MOSTRA CONDIZENTE COM O VALOR DA PASSAGEM INTERNACIONAL ADQUIRIDA PELA AUTORA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO INDEVIDO - HIPÓTESE QUE CONFIGURA MERO DISSABOR - AUSÊNCIA DE DANO A ENSEJAR A CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais.

Inconformada, recorre a autora postulando a reforma da decisão.

Insiste na condenação do réu pelos danos materiais sofridos em razão do pagamento da taxa de remarcação de voo. Pleiteia, ainda, que o réu seja condenado no pagamento de indenização por danos morais em R$ 1.000,00.

O recurso foi processado, nos termos da lei.

É o relatório.

A pretensão não merece acolhida.

Como bem decidiu o douto magistrado *a quo*, a taxa de remarcação cobrada pela ré é legítima e não se mostra abusivo o valor de R$ 272,64, condizente com a passagem internacional adquirida pela autora, porque foi a própria autora quem decidiu remarcar sua viagem de 26.08.2011 para 07.09.2011, em razão das notícias do "furacão Irene" em Nova York, local de seu destino.

Ademais, ainda que objetiva a responsabilidade da ré, não se pode atribuir tal ônus em toda e qualquer circunstância ocorrida na prestação de seus serviços.

A responsabilidade da apelada só poderia ser admitia em decorrência de danos causados pelos seus serviços ou de sua falta, o que não se verifica no caso, mas não por fato estranho à atividade empresarial, como é a presente hipótese em que a possibilidade de furacão na cidade de destino, ainda que não cancelado o voo da autora, ensejou a remarcação da viagem por vontade dela.

Logo, não há como imputar à ré o custeio desta despesa.

Ademais, o acontecimento narrado cuida de mero aborrecimento,

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

insuficiente para causar qualquer abalo emocional na apelante passível de gerar o direito à indenização.

Nesse sentido, ensina SÉRGIO CARVALIERI FILHO:

"(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais acontecimentos." ("Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 87).

E continua o autor:

"(...) mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então, configurarão o dano moral." (*Op., cit.*, p. 87/88)

Por esses fundamentos, não há razões que ensejem a reforma da sentença, que fica integralmente mantida.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0180346-25.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BRUNO ANTONIO CALOI JUNIOR e CAIRU COMPONENTES PARA BICICLETAS LTDA., é apelado CALOI NORTE S/A.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20722)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS e NATAN ZELINSCHI

DE ARRUDA.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: MARCA. CALOI. Empresa vendida com transferência do nome. Marca que se confunde com o produto-bicicleta. Impossibilidade do uso pelas rés desse nome com a finalidade de evitar confusão. Irrelevante o fato de se tratar de nome de família. Réu que participou da transação. Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença (fls. 505/513), concluída com embargos de declaração (fls. 523), em razão da notoriedade do nome CALOI e de sua proteção marcaria, julgou procedente pedido formulado por Caloi Norte S.A. para confirmar a tutela antecipada que determinou a abstenção do uso do nome e condenar Bruno Antonio Caloi Junior e Cairu PMA Componentes Para Bicicletas Ltda. a reparar os prejuízos a serem apurados em liquidação.

Estes, em suas razões (fls. 525/539) alegam que a utilização do pseudônimo Tito Caloi é lícita, já que é como Bruno Antonio é conhecido. Esclarecem que os produtos por eles fabricados ostentam principalmente o nome Tito, que não tem relação com a marca Caloi. Afirmam que não há qualquer cláusula contratual que impeça a utilização do nome Caloi, ou do apelido Tito Caloi; além do que, não foram indicados prejuízos para existir alguma indenização.

Contrarrazões às fls. 549/570.

Este é o relatório.

É incontroverso, que a família Caloi, conceituada fabricante de bicicletas, em razão de sérias dificuldades financeiras, vendeu o controle societário da empresa, bem como todos os direitos referentes à marca de notório reconhecimento.

Ocorre que, o antigo proprietário Bruno Antonio Caloi Junior, também conhecido como Tito Caloi, passou a produzir bicicletas denominadas, segundo ele, como Tito; contudo, com logotipo *titocaloi*, fato que, obviamente, levou os consumidores a concluir que aquelas bicicletas eram fabricadas pela Caloi.

Verifica-se que ambas as empresas comercializam bicicletas, o que é suficiente para causar confusão no consumidor, tendo em vista a atuação das empresas no mesmo seguimento mercadológico-fabricação de bicicletas.

Assim, ainda que Bruno Antonio tenha utilizado seu pseudônimo, ele não demonstrou registro dessa marca, e, mesmo se existisse esse registro, como

Acesso ao Sumário

se sabe, somente se admite o registro da mesma marca em classes diferentes ou até na mesma quando não verificado, no caso concreto, a possibilidade de isso causar confusão aos consumidores, o que é presumido quando ambas as empresas atuam no mesmo ramo econômico.

Nesse sentido, é que leciona **Fábio Ulhoa Coelho**, ao comentar o REsp 773.126/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 08.06.2009: *"Na verdade, duas marcas iguais ou semelhantes até podem ser registradas na mesma classe, desde que não se verifique a possibilidade de confusão entre os produtos ou serviços a que se referem. É respeitado o princípio da especialidade, em suma, sempre que o consumidor, diante de certo produto ou serviço, não possa minimamente confundi-lo com outro identificado com marca igual ou semelhante. Afastada essa possibilidade, será indiferente se as marcas em questão estão registradas na mesma classe ou em classes diferentes".* (**O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado, coordenação Ana Frazão, e Gustavo Tepedino, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 344**).

Desse modo, embora as bicicletas do concorrente ostentem a denominação *titocaloi*, o fato de se tratar do mesmo produto, já é suficiente para gerar confusão a simples utilização da marca no mesmo padrão linguístico, o que, consequentemente impede a utilização simultânea desta, devendo prevalecer a proteção em favor da apelada em razão da anterioridade do depósito junto ao INPI.

E, como bem argumentou Sua Exa.: *"A opção pela utilização do nome familiar na atividade empresarial, com ímpar notoriedade à família, também promoveu notoriedade comercial ao vocábulo, que passou a constituir também um símbolo e/ou marca empresarial, ou seja, um intangível do ativo empresarial com grande valor de mercado e cuja escolha, ainda que realizada em passado remoto pelos seus ascendentes longínquos, promove pelo prestígio adquirido no decorrer de todos esses anos certas limitações á reutilização, por uma segunda vez, se não também em outras áreas, mas especialmente no mesmo setor de atividade.*

Não poderia o réu Bruno Caloi, representando a Bicicletas Caloi S.A., que cedeu os direitos da marca CALOI, concomitantemente com a transferência do controle acionário da autora que a mesma família cedia a terceiro, ignorar esta circunstância, pretendendo continuar a fabricar e comercializar bicicletas com a utilização desta marca, ainda que não isoladamente, mas com o pseudônimo TITOCALOI, com o qual seria conhecido".

Acesso ao Sumário

Assim, estabelecidas essas premissas, idênticas àquelas que justificaram a decisão inicial, que concedeu à apelada antecipação de tutela para impedir o apelante de prosseguir nessa conduta, e que, analisadas por essa Câmara, foram mantidas com os fundamentos encontrados no v. acórdão de fls.489/494, mais

não é necessário argumentar ou, registrar.

Por fim, os prejuízos da apelada são óbvios, e, no conceito, o que importa, evidentemente presumidos. Daí porque, e como bem determinou o M.M. Juiz, devem ser apurados em liquidação. Aliás, em oportunidade processual própria a melhor definir seus limites e critérios.

Ante o exposto, voto pelo ***desprovimento do recurso.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0103229-02.2007.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes AFONSO CASCONI (ESPÓLIO), LUCIA CONDE CASCONI (ESPÓLIO), FRANCISCO ANTONIO CASCONI (HERDEIRO), PAULO SERGIO CASCONI (HERDEIRO), SONIA PRADO CASCONI e MARGARET LESNIAK CASCONI, são apelados GILBERTO GRITECHERS (E OUTROS(AS)) e FRANCISCO LUIZ CENI.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, e para o fim mencionado, deram provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.174)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 22 de maio de 2014.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Imissão de posse. Ausência de cerceamento de defesa. Considerações acerca da fungibilidade entre este gênero de ação e a reivindicatória. Autores que pretendem ser imitidos na posse de área de 10m² localizada aos fundos de seu imóvel, o qual faz divisa com o imóvel dos réus. Conjunto probatório suficiente para o acolhimento da exceção de usucapião. Comprovação do exercício da posse pelos réus, por mais de 26 anos, de maneira ininterrupta e com ânimo de dono, completando o prazo vintenário da prescrição aquisitiva de que cogitava o art. 550 do Código Civil de 1916, vigente ao tempo dos fatos, o que afasta o direito dos autores reivindicantes. Ausência

Acesso ao Sumário

de precariedade. Inversão do ônus da sucumbência. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de imissão de posse. Sustentam os réus apelantes, preliminarmente, carência de ação por inadequação da via eleita, inépcia da inicial e cerceamento de defesa. No mérito, aduzem que não há qualquer indício de precariedade na posse dos réus, pois precariedade não se confunde com desconhecimento dos titulares do domínio acerca da posse exercida por terceiro. Aduzem que seus genitores adquiriram o imóvel em 1970 e que há comprovação de que, pelo menos desde 1973, já ocupavam a área, posse esta exercida de maneira ostensiva e com ânimo de dono, de forma que estão presentes os requisitos para o acolhimento da exceção de usucapião.

Este é o relatório.

O recurso, com a devida vênia, merece provimento.

Não se conhece do agravo retido de fls. 13/15 do apenso, pois não reiterado nas razões recursais.

Antes de mais nada, inexiste cerceamento de defesa.

Não houve cerceamento de defesa diante das demais provas existentes no processo, particularmente a documental, que, somadas à natureza do tema principal discutido, dispensava a dilação probatória para a oitiva de testemunhas e realização de perícia.

Além disso, o Código de Processo Civil admite o julgamento antecipado da lide sempre que o Juiz, destinatário das provas, entender que as questões fáticas se encontram suficientemente demonstradas e só resta a aplicação do direito. E, no caso, entendendo o digno Juiz de Direito que a prova era suficiente para a solução da lide, bem agiu ao julgar o feito com base no art. 330, I, do Código de Processo Civil, em atendimento aos princípios da economia e celeridade processuais.

Acesso ao Sumário

Também não há que se falar em carência de ação ou de inépcia da inicial.

A ação de imissão na posse tem por objetivo consolidar a propriedade, ou seja, busca conferir a posse a quem é o titular do domínio. Ao lado da ação reivindicatória, insere-se na categoria das ações petitórias que possuem como causa de pedir a proteção da propriedade. A ação de imissão na posse é cabível para o proprietário que, com base no seu título de domínio, pretende obter a posse, que nunca teve, de quem injustamente a detém.

No caso, os autores são titulares do domínio em virtude da averbação, na matrícula, da sentença de procedência proferida na ação de retificação de

registro imobiliário por eles proposta. E, não tendo a posse direta da área, estão legitimados a formular o pedido de imissão na posse perante o Poder Judiciário.

Assim, tendo os autores direito a buscar a posse de quem injustamente a detenha (artigo 1.228 do Código Civil), nada impediria que se convertesse a ação em reivindicatória, uma vez que ambas partilham o mesmo rito ordinário. Tal raciocínio se coaduna ao entendimento de que é irrelevante o nome que se dá à ação, devendo prevalecer o objetivo que se quer por meio dela alcançar e se é possível alcançá-lo, sob pena de indevido prejuízo aos princípios da instrumentalidade e da economia processual.

Por isso, correto e adequado o meio processual de que se valeram os autores para buscar a consolidação do domínio e obtenção da posse que nunca exerceram. Cumpre observar, outrossim, que não se vislumbra inépcia da petição inicial na medida em que a alusão expressa à área que foi objeto da sentença proferida na ação de retificação de registro é suficiente para a identificação daquela objeto nesta ação.

Resta apreciar o cabimento da pretensão dos autores de obter a posse da área objeto do litígio frente à exceção de usucapião suscitada pelos réus.

Os autores propuseram ação de imissão na posse alegando, em suma, que com o trânsito em julgado da sentença proferida no julgamento da ação de retificação de registro imobiliário, a área localizada aos fundos de seu imóvel e ocupada pelos réus, proprietários do imóvel confrontante, foi integrada a sua matrícula. Alegam que os réus foram notificados para a desocuparem voluntariamente e, diante de seu silêncio, ingressaram com a ação a fim de serem imitidos na posse desta determinada área.

O digno Magistrado sentenciante julgou procedente a ação ao fundamento de que a posse exercida pelos réus desde 1970, apesar de mansa, pacífica e de boa-fé, encontra-se eivada pelo vício da precariedade e, portanto, é injusta, afastando, assim, a exceção de usucapião por eles suscitada. Consignou, para tanto, que a diferença nas medidas dos imóveis era oculta e os autores buscaram, no momento em que tiveram conhecimento desta diferença, a regularização da situação registrária.

Tal entendimento, com a devida vênia, não merece prosperar.

Como já dito, a ação de imissão na posse tem por finalidade conferir ao proprietário não possuidor a posse detida pelo possuidor não proprietário. Baseada no artigo 1.228, segunda parte, do Código Civil, a ação visa garantir ao proprietário o exercício de um dos atributos dos direitos reais, o direito de sequela, consubstanciado na possibilidade de perseguir a coisa e retomá-la de quem quer que injustamente a detenha.

O autor, assim, precisa provar a titularidade do domínio que lhe dá o direito de reivindicar a posse de quem a tenha sem ser o proprietário. Os réus,

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

arguindo como defesa a exceção de usucapião, têm o dever processual de comprovar que a posse continha os requisitos que lhe dariam direito à aquisição do domínio pela via da usucapião.

E, no caso, com a devida vênia, os requisitos foram demonstrados.

Os autores adquiriram o imóvel objeto da matrícula 57.749, registrada no 10º Registro de Imóveis de São Paulo, em 1987 e ingressaram com ação de retificação de registro imobiliário em 1997. Alegaram, para tanto, que a descrição constante na matrícula não correspondia aos limites reais do imóvel (fls.389 e ss.).

Observa-se que, na inicial da ação de retificação de registro e na planta topográfica que instruiu aquela ação, os autores não incluíram a área de 10m² na qual agora pretendem ser imitidos na posse, justamente por entenderem que esta integrava o imóvel dos réus (fls.390/401).

Portanto, a constatação de que a área deveria integrar o imóvel dos autores só foi possível com a elaboração de perícia na qual se descobriu o equívoco no registro e sobreposição das matrículas ocorridos quando do desmembramento de uma área maior que originou os imóveis hoje existentes.

Já os réus adquiriram o imóvel localizado na Rua Joaquim Antunes, nº 1061 através de escritura de compra e venda em 30 de julho de 1970 (fls. 479/480). E há comprovação de que os limites do imóvel dos réus, que faz divisa aos fundos com o imóvel dos autores, englobava a referida área de 10m² desde, pelo menos, o ano de 1973.

A i. perita, no laudo elaborado na ação de retificação de registro, deixou claro que *"constata-se, também, que o limite registrário do imóvel retificando, conforme apurado pelo estudo dos títulos é invadido parcialmente pelos muros construídos nos fundos do imóvel nº 1.061 e anexados a este. Como na matrícula nº 57.749 do 10º S.R.I não existe averbado nenhum desfalque de área e, na matrícula que deu origem ao imóvel nº 1.061 da Rua Joaquim Antunes não há menção a nenhuma aquisição de área com origem na matrícula retificanda, conclui-se que o imóvel nº 1.061 ocupou uma parcela da área aos fundos do imóvel retificando. Na cópia da restituição do levantamento aerofotogramétrico de 1973 - GEGRAN, parcialmente reproduzida a seguir, é possível identificar o imóvel retificando, constatando-se que desde aquela época, o imóvel nº 1.061 da Rua Joaquim Antunes já ocupava uma parcela de seu limite registrário."* (fl. 447, grifo deste Relator). E continua: *"esse desmembramento deve ser feito através de doação, venda ou reconhecimento da posse, consolidada há mais de 20 anos, conforme a reconstituição do levantamento aerofotogramétrico de 1973, através de usucapião."* (fl.448).

Desta feita, ainda que se considere que a prescrição aquisitiva tenha sido interrompida com a citação na ação de retificação de registro em fevereiro de 1999 (fl.474), o fato é que restou demonstrado que os genitores dos réus adquiriram

Acesso ao Sumário

o imóvel em 1970 e estes o ocupam, juntamente com a área objeto desta ação, desde ao menos o ano 1973, o que totaliza àquela época aproximadamente 26 anos de posse ininterrupta e pacífica.

Não se ignora que a posse precária (aquela recebida com a condição de restituir) não enseja a usucapião exatamente porque a detenção não tem o intuito de dono, que é essencial a qualquer tipo de obtenção do domínio pela via da prescrição aquisitiva.

Neste sentido, a lição de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO: *"É precária (precário) a posse quando o possuidor recebe a coisa com a obrigação de restituí-la e, abusando da confiança, deixa de devolvê-la ao proprietário, ou possuidor legítimo. O vício inicia-se no momento em que o possuidor se recusa a devolver o bem a quem de direito. A posse, que era justa, torna-se injusta. Torna-se injusta não porque mudou somente o animus do possuidor, mas porque mudou a causa, a razão pela qual se possui."* (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 2007, Editora Manole, p. 993).

No caso, contudo, não há qualquer elemento que indique que a posse exercida pelos réus e seus genitores era precária. Importante consignar que ambas as matrículas eram totalmente silentes no que diz respeito aos limites exatos dos fundos de ambos os imóveis. Assim, ao mesmo tempo em que os autores não tinham conhecimento de que a área deveria integrar seu imóvel, os réus exerciam a posse sobre ela como se donos fossem.

Portanto, considerando o prazo vintenário de que cuidava o art. 550 do Código Civil de 1916 (*"Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no registro de imóveis"*), restaram demonstrados os requisitos que autorizariam o reconhecimento da usucapião extraordinária, o que afasta a pretensão dos autores de serem imitidos na posse do imóvel.

E mais não é preciso dizer para dar provimento ao recurso e, assim, julgar improcedente a ação de imissão na posse.

Invertem-se os ônus da sucumbência.

Pelo exposto, e para o fim mencionado, é que se dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000329-62.2013.8.26.0673, da Comarca de Adamantina, em que é apelante R.J.S.,

são apelados A.L.F.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e A.K.F.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20021/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente sem voto), GIFFONI FERREIRA e JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Insurgência quanto ao valor fixado em caso de desemprego - Redução - Cabimento - Estipulação de valor alternativo para esta hipótese, observado o binômio necessidade/possibilidade - Vinculação dos alimentos ao patamar mínimo, devidos na hipótese de vínculo formal - Descabimento - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 85/88, cujo relatório se adota, que, em ação de alimentos, julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo autor, fixando a verba alimentar em 30% dos rendimentos líquidos do alimentante, enquanto trabalhar com vínculo formal, desde que nunca inferior a 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, valor que também prevalecerá no caso de desemprego.

Inconformado, recorre o alimentante, pugnando pela reforma parcial do julgado pelas razões expostas a fls. 94/101.

Com resposta (fls. 104/108) e parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 113/116), subiram os autos para o reexame.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

É certo que, considerando-se o ganho noticiado (fls. 61), se desempregado, o apelante passaria a pagar quantia superior à devida na situação de vínculo empregatício.

Portanto, a verba alimentar fixada em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo para situação de desemprego ou trabalho informal revela excessiva,

Acesso ao Sumário

pois, nesta hipótese a melhor solução, ainda que não a ideal, é a estipulação de valor alternativo.

Assim, considerando-se o binômio capacidade/necessidade, a pensão na hipótese de desemprego deve ser reduzida para a quantia equivalente a 31% (trinta e um por cento) do salário mínimo.

No mais, ao fixar os alimentos o MM. Juiz *a quo*, estabeleceu que a pensão alimentícia, mesmo para a hipótese de existência de vínculo empregatício, nunca poderá ser inferior ao valor de 50% do salário mínimo. No presente caso, contudo, tal determinação não tem razão de ser, eis que a pensão alimentícia fixada em percentuais sobre os rendimentos líquidos do alimentante é o suficiente para preservar o binômio alimentar.

Ressalta-se, por oportuno, inexistir qualquer indício de que o alimentante oculte de seus rendimentos ou tenha outra fonte de renda, fatos que em tese, poderiam justificar a incidência de patamar mínimo.

Portanto, desvincula-se a pensão alimentícia da base mínima de meio salário mínimo para a hipótese de existência de vínculo empregatício.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0169612-44.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes RENAN NUNES JARDIN (ESPÓLIO) e MARIA DE LURDES (INVENTARIANTE), é apelado ELETRÔNICA PALMER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16449)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA DE BEM IMÓVEL. Compromisso de venda e compra. Sentença de improcedência, sob

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

o fundamento de que a venda do imóvel se deu de maneira irregular, colocando em dúvida a boa-fé do adquirente. Data da distribuição da ação: 13/07/2005. Valor da causa: R$ 1.000,00.

Apela o espólio-autor, requerendo o reconhecimento da nulidade absoluta do processo falimentar, ante a ausência de requisito essencial, qual seja, o protesto dos títulos, que ensejaram o pedido de quebra. Deve prevalecer o acordo celebrado e homologado nos autos, anulado pelo juízo falimentar. Descabimento. O sindico apresentou impugnação, aduzindo que bem foi arrecadado na falência, sem que houvesse declaração da venda, questionando o termo de celebração do contrato, ensejando a aplicação do art. 370, IV, do CPC. Aceita como suposta data do instrumento aquela que consta do reconhecimento de firma (5º Tabelião de Notas em 27/07/2004). O instrumento teve como subscritor sócio, em data superveniente à quebra, momento em que não mais possuía poder de representação perante a falida, considerando o imóvel alienado por sujeito sem capacidade para assim proceder, ante a ausência de poderes para tanto. Como não houve alteração do registro do bem, permanecendo em nome da falida, titular do imóvel, não há que se falar na hipótese de ação revocatória do compromisso de venda e compra. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a decisão de fls. 135/138, que julgou improcedente a ação de adjudicação compulsória de bem imóvel, movida por Renan Nunes Jardim (espólio) e outro contra Eletrônica Palmer Indústria e Comércio Ltda., fundamentando que a venda do imóvel foi irregular, o que coloca em dúvida a boa-fé do adquirente, ressaltando ser desnecessária a propositura de ação revocatória, pois o bem já se encontrava registrado no nome da empresa falida (ré).

A ação foi proposta objetivando a outorga da escritura definitiva de imóvel adquirido por meio de instrumento particular de compra e venda (fls. 10/12). Houve acordo entre as partes (fls. 24/25), homologado em juízo (fl. 29), em 2005.

Solicitado o desarquivamento dos autos, em 2011, foi noticiado que a

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

empresa ré, falida, realizou acordo após a quebra, por meio de seu representante legal, sendo nulo o ato (fl. 66), tendo os autos sido remetidos ao juízo da falência (fl. 67).

Houve parecer do Ministério Público, anotando ser caso de declarar a nulidade dos atos anteriormente praticados nos autos, ante a incompetência absoluta do juízo (fl. 74, frente e verso).

A respeito dos requerimentos do síndico da massa falida (fls. 71/73), houve declaração de nulidade dos atos praticados no feito pelo juízo da 4ª Vara Cível de Pinheiros, o que inclui a decisão de homologação de acordo (fl. 29), justificando que ela ocorreu após o decreto da quebra (2001 - fl. 71, item 02) e que apenas o juízo falimentar é universal e competente para processar e julgar todas as ações em que a massa falida seja parte, representada sempre pelo síndico nomeado (fl. 75).

Apela o espólio autor, requerendo o reconhecimento da nulidade absoluta do processo falimentar, ante a ausência de requisito essencial para a propositura da ação, qual seja, o protesto específico dos títulos, que ensejaram o pedido de quebra, sendo necessário protesto especial para tanto. Requer, ainda, seja reconhecida a via da ação revocatória, a fim de se declarar a nulidade do compromisso de venda e compra, referente ao imóvel objeto da revocatória. Deve prevalecer o acordo celebrado e homologado nos autos, anulado pelo juízo falimentar (fls. 162/174).

Recurso recebido e respondido (fls. 177 e 181/186).

Pareceres ministeriais em 1º grau, pela improcedência da ação (fls. 131/133); em 2º grau, pelo não provimento do recurso (fls. 194/197).

É o relatório.

Improcede o inconformismo.

Foi noticiado pelo síndico que a quebra se deu em 31 de janeiro de 2001 (fl. 71), o que não foi contestado pelos autores.

Embora o instrumento particular de venda e compra seja de setembro de 1996 (fl. 12), não se pode admitir que realmente tenha sido confeccionado na data nele prevista, pois não foi averbado junto à matrícula do bem, no CRI, nem tampouco registrado em Cartório.

Conquanto a boa-fé seja presumida, a lisura do negócio jurídico pode ser discutida, uma vez que não foi lavrado instrumento público ou registro do instrumento particular no Registro de Imóveis; o pagamento do valor do bem se deu em moeda corrente, realizado quando da assinatura do instrumento (fl. 11).

Além disso, importante anotar que se passaram aproximadamente 10 anos entre o ingresso da ação de adjudicação (2005) e a data da suposta assinatura do instrumento (fl. 12).

Acesso ao Sumário

Em virtude da impugnação, por parte do síndico, a respeito da data, sobretudo porque o bem foi arrecadado na falência, mas não há declarações acerca da venda, torna-se dúbio o termo da celebração do contrato, ensejando a aplicação do art. 370, IV, do CPC[1].

Deve ser aceita, portanto, como suposta data em que o instrumento foi celebrado aquela em que se deu o reconhecimento de firma, no 5º Tabelião de Notas 27/07/2004 (fl. 12).

Diante disso, conclui-se que o instrumento teve como subscritor sócio em data superveniente à quebra, momento em que não mais possuía poder de representação perante a falida, considerando o imóvel alienado por sujeito sem capacidade para assim proceder, ante a ausência de poderes para tanto.

Como não houve alteração do registro do bem, permanecendo em nome da falida, titular do imóvel, não há que se falar na hipótese de ação revocatória do compromisso de venda e compra.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0240720-41.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MAURÍCIO ROBERTO FARAH e FELIPE AUGUSTO BARBOSA, é apelado SÉRGIO AUGUSTO MAEDA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.462)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Declaratória de inexigibilidade de título e cautelar de sustação de protesto. Nota promissória. Contrato de compra e venda de estabelecimento

Acesso ao Sumário

1 *Art. 370. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas, em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular: IV - da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;*

comercial. Posto de gasolina. Ocultação de pendências administrativas que impedem o funcionamento do comércio. Procedência. Prestígio. A nota promissória vinculada a contrato perde suas características de autonomia e abstração para possibilitar a discussão sobre a *causa debendi*. Demonstração - a contento - do inadimplemento contratual por parte dos apelantes. *Exceptio non adimpleti contractus* - artigo 476 do CC. Inexigibilidade do título. Hipótese do artigo 252 do RITJSP. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de título e cautelar de sustação de protesto - julgadas procedentes pela r. sentença de fls. 136/138 - ajuizadas por Sérgio Augusto Maeda em face de Maurício Roberto Farah e Felipe Augusto Barbosa.

Reivindica-se - em síntese - reforma da r. sentença para julgamento da improcedência das ações, com repercussão nos consectários de estilo.

Recebido o recurso - no duplo efeito - e preparado, vieram contrarrazões a fls. 169/176.

É o relatório.

Cuida-se de pleito pela inexigibilidade da nota promissória nº 08/10, no valor de R$ 20.000,00, haurida de contrato de compra e venda de estabelecimento comercial denominado Auto Posto Tomaz Romero Ltda..

Alega o autor a ocultação de pendências administrativas, por parte dos vendedores, que está impedindo o regular funcionamento do comércio, em nítida violação contratual.

O contrato de compra e venda encontra-se encartado a fls. 16/30.

Pois bem.

Informam a nota promissória a cartularidade, autonomia, literalidade, independência e abstração.

Porém, em casos como o ***sub judice***, em que a nota promissória esta vinculada a contrato, ela perde sua característica de autonomia e abstração para possibilitar a discussão sobre a ***causa debendi***.

A corroborar, importante lição extraída da Apelação nº 2006.011118-1, de Relatoria do Desembargador Domingos Paludo, do Egrégio Tribunal de Santa Catarina, j: em 29/10/2010.

"A nota promissória encerra, por natureza, um direito abstrato. Assim sendo, o título se desprende da causa que lhe deu origem e por tal razão pode,

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

vencido e não pago, o portador executar o emitente baseado apenas no título. Acontece, entretanto, que, muitas vezes, a emissão de nota promissória é uma condição de um contrato original. A existência do título fica, assim, presa ao cumprimento do contrato, de que resultou a promissória como uma condição para a perfeição daquele. Em tais casos é admissível a oposição do devedor ao pagamento pelo não-cumprimento do contrato original. A defesa se enquadra no princípio de que o réu tem direito pessoal contra o autor, conforme o disposto no art. 51 da lei brasileira. Para comprovar esse direito poderá o réu invocar a causa da obrigação, ou seja, o contrato de que a emissão do título era condição. Se tal contrato não foi cumprido, naturalmente ao emissor não caberá atender ao pagamento, pois, se assim o fizer, provocará um enriquecimento indevido por parte do credor. A admissão da ação causal na nota promissória (como na letra de câmbio) tem sido largamente aceita pela jurisprudência (Trib. De Just. do Paraná, Apel. Civ. 162/57, de 11.11.1957; Trib. de Just. De São Paulo, Apel. 88.138, *Rev. dos Trib.*, vol. 312, pp. 120/121; Trib. de Alçada de São Paulo, Apl. Civ. 15.913, de 29.08.1956, *Rev. dos Tribs.*, vol. 258, pp. 423/425). É também esse o ponto de vista da doutrina (Asquini, *Tit. Di Credito*, nº 165). (*Títulos de Crédito.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 270/271). No mesmo sentido é a lição de Arnaldo Rizzardo: Considerada a origem no contrato, não se podendo, portanto, arredar tal direito de ampla defesa, e nem proibir que se aventem as exceções pessoais, fica o endossatário ciente de que o devedor, quando acionado, está autorizado a arguir as defesas ou exceções fundadas no negócio original. Sujeita-se ele às exceções estribadas na relação causal. Daí a perda, pela nota promissória, da autonomia e abstração que, por lei, lhe são próprias. [...] Perde, pois, a nota promissória a força que deriva de sua natureza originária. Nem sequer é titulo cambiário. A cifra que contém deve corresponder a do contrato, do qual não se desvincula. Não passa de um documento inútil. No máximo, sua utilização restringe-se a servir de referencial às prestações que serão pagas no curso do tempo. Tanto prepondera a inteligência acima que a prescrição da nota promissória não atinge a prescrição do contrato, na linha do Superior Tribunal de Justiça: "*A prescrição das notas promissórias vinculadas a contrato de financiamento não retira, por si só, a eficácia deste como título executivo extrajudicial*". (*Títulos de crédito*: Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 182/183).

Neste sentido, também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"De fato, o entendimento do Tribunal de origem coaduna-se com a jurisprudência desta Corte, que já manifestou o entendimento de ser possível, em certas situações, a discussão da relação jurídica que originou o título de crédito, não sendo absolutos os princípios de abstração e autonomia da nota promissória, consoante orientação perfilhada por esta Corte. Nesse sentido já se decidiu que: ***'A autonomia própria dos títulos de crédito consiste em reflexo da respectiva negociabilidade, é dizer, a abstração somente se verifica à vista da circulação da cambial; a não comercialização do título lastreado em negócio jurídico presume sua emissão em garantia da avença (acessoriedade), destituído de seus caracteres cambiários***

Acesso ao Sumário

e maculado pelos vícios atinentes à relação negocial originária.' (REsp 812.004/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 1/8/2006)" (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.070.922/SC, Relator: Ministro Massami Uyeda, j: em 29/04/09).

Destarte, o autor demonstrou - a contento - o inadimplemento contratual por parte dos apelantes, consoante ponderou o douto Magistrado ***a quo***, cujo extrato é digno de reprodução:

"*Ora, ao contrário do que sustentam os requeridos, o contrato é suficientemente claro quanto à necessidade de apresentação dos documentos referidos pelo autor na peça inicial (fls. 05 - cláusula 6.7), especialmente o Alvará de Funcionamento do estabelecimento e Alvará de Equipamentos emitidos pela Prefeitura Municipal de São Paulo. Pela documentação anexada com a exordial o estabelecimento comercial negociado funcionava sem Alvará de Funcionamento, fato este omitido pelos requeridos quando da assinatura do contrato. A despeito de o autor ter declarado estar ciente, quando da contratação, que os pedidos de Alvará de Funcionamento e Equipamento estavam protocolados junto à Prefeitura Municipal e aguardavam análise, não afasta a obrigação dos requeridos de apresentação da documentação, mormente diante do conteúdo da cláusula 6.7 do contrato através da qual os promissários vendedores se comprometeram a apresentar toda a documentação. Outrossim, o documento de fls. 31, emitido em 06.10.2008, não deixa nenhuma dúvida no sentido de que o pedido de Alvarás de Aprovação e Execução de Equipamentos solicitados pelo estabelecimento comercial foi indeferido pela Prefeitura Municipal de São Paulo. E o estabelecimento funcionava sem o necessário Alvará expedido pela Prefeitura do Município de São Paulo e estava na iminência de ser interditado quando do ajuizamento da demanda. O autor efetivamente assumiu a responsabilidade. Mas este fato não afasta a responsabilidade dos promissários vendedores pela documentação que deveria ter sido apresentada até a data da posse. De rigor, portanto, a aplicação ao caso concreto do artigo 476, do Código Civil, pois diante do descumprimento do contrato pelos requeridos o autor também poderia se recusar a cumprir a sua parte com o pagamento das notas promissórias ainda pendentes, especialmente no caso concreto a de n° 08/10, vencida em 01.11.2008*".

Sabe-se, ademais, que em contratos bilaterais, ambos os contratantes devem cumprir as obrigações por eles assumidas - ***exceptio non adimpleti contractus*** (artigo 476 do CC).

Neste sentido:

"**NOTA PROMISSÓRIA**. Vinculação a contrato sinalagmático. Compra e venda de quotas de estabelecimento comercial. Natureza sinalagmática da avença que pressupõe a existência de obrigações recíprocas e condicionadas a fatos dependentes de prova. Requisitos não atendidos (arts. 585, II, e 615, IV, do CPC). Hipótese, ademais, em que os títulos de crédito que dão respaldo ao processo executivo estão atrelados a contrato particular de compra e venda de quotas de estabelecimento comercial, ausentes, portanto, suas características

de abstração, autonomia e independência, de sorte que somente serão exigíveis se comprovado pelos credores que adimpliram todas as suas obrigações contratuais, a afastar sua eficácia executiva, tanto é que admissível no caso a arguição do princípio da ***exceptio non adimpleti contractus***. Título executivo extrajudicial não caracterizado. Embargos do devedor julgados procedentes, decretada a nulidade da execução (CPC, 618, I). Ônus sucumbenciais invertidos. Sentença reformada. Recurso provido." (Apelação nº 9174556-18.2006.8.26.0000, Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado, Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa, j . em 20/9/2011).

"**NOTA PROMISSÓRIA** - emissão vinculada a contrato de venda e compra de estabelecimento comercial - exceção de contrato não cumprido provada pelo emitente - cártula que não goza de autonomia - ilegitimidade do título apontado a protesto - procedência da ação declaratória de inexigibilidade mais cautelar de sustação de protesto - recurso provido." (TJ/SP, Apelação nº 883.223-5, Comarca de Araraquara, Relator: Jovino de Sylos, j: em 7/06/2005).

Portanto, patente o descumprimento contratual por parte dos apelantes, mister se faz a manutenção da inexigibilidade da nota promissória vergastada nestes autos.

Abona-se a irrepreensível sentença, considerada sua motivação suficiente, consoante dicção do artigo 252 do Regimento Interno da Corte.

Por tais razões, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0100916-15.2009.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JEFFERSON BESSA MEDEIROS DE SOUZA, é apelado COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS RAMSES LTDA..

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2147)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 9 de junho de 2014.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Declaratória de inexigibilidade c.c. indenização por danos morais e materiais. Compra e venda. Veículo usado devolvido à revendedora. Custeio das despesas com reparos. Cessão de financiamento sem anuência da instituição. Efeito entre as partes não oponível ao credor. Parcelas exigíveis. Sentença de parcial procedência. Inviabilidade da desoneração fiduciária. Precedentes. Inscrição devida em razão do inadimplemento. Regular exercício do direito da alienante. *Dano in re ipsa* causado diretamente pela revendedora. Danos morais devidos. Fixação em R$ 5.000,00, corrigidos do arbitramento e juros da citação. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por JEFFERSON BESSA MEDEIROS DE SOUZA, contra a r. sentença de fls. 90/93, cujo relatório adoto, que, em Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito c.c. Indenização por Danos Morais e Materiais, decorrente de compra e venda de veículo usado, movida contra COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS RAMSES LTDA.. e REAL LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, julgou parcialmente procedente a ação, considerando que não houve anuência da instituição financiadora na transferência do bem e dos encargos, sendo indevida a declaração de inexigibilidade e a indenização por danos morais, condenando a primeira requerida ao reembolso das despesas de reparo do veículo suportadas pelo autor.

Irresignado, insurge-se o requerente (fls. 99/109), sustentando, em síntese, que deve ser declarada a inexigibilidade em razão da revelia da instituição financeira e das normas consumeristas. Aduz que a negativação ocorreu por culpa exclusiva da primeira requerida, o que, por si só, gera prejuízos de ordem moral.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 100/102), recebido (fl. 110) e respondido (fls. 114/116).

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização dos prejuízos decorrentes da necessidade de reparo e consequente devolução de veículo usado, objeto de compra e venda em revendedora especializada.

Verifica-se que as partes firmaram negócio corriqueiro, tendo o recorrente adquirido automóvel com cerca de seis anos de uso, advindo problemas mecânicos em curto prazo após a realização do contrato.

Emerge dos autos, sobretudo à luz do contrato acostado à fl. 21 e do

Acesso ao Sumário

depoimento do preposto da requerida (fl. 71), que, após um ano da venda, o veículo foi readquirido pela revendedora, que se responsabilizou pelo pagamento das parcelas remanescentes do financiamento. Em razão de alegados problemas mecânicos e da impossibilidade de negociar o veículo com terceiros, a recorrida deixou de pagar, unilateralmente e sem comunicação ao autor, as referidas parcelas, o que acarretou, inclusive, a apreensão do bem.

No que se refere à declaração de inexigibilidade, carece de fundamentação jurídica o pedido do autor, na medida em que se invoca genericamente o Código de Defesa do Consumidor e a aplicação da revelia. Ocorre que o efeito liberatório pretendido não é decorrência de tais fatores, não sendo presumível que a obrigação esteja satisfeita em razão da retomada do veículo pelo credor fiduciário. Ressalte-se que nem mesmo há pedido nesse sentido, tratando-se de inovação, inadmissível nesta seara.

No mais, mantida a ressalva contida na r. sentença, de que eventuais débitos apurados na liquidação do financiamento podem ser objeto de ação de cobrança, baseado no descumprimento do contrato firmado à fl. 21. A propósito, invocam-se os seguintes precedentes desta C. Câmara:

> "Contudo, não há como, por meio desta ação, desvincular o autor da obrigação que assumiu perante a instituição financeira. Isto porque, eventual ajuste particular celebrado entre José Olivano e Américo não tem qualquer validade perante a Omni Crédito, Financiamento e Investimento, pois ausente anuência do agente financeiro, seja com relação à transferência do veículo alienado, seja quanto à obrigação de pagamento do contrato de mútuo. (...) Assim, é inexistente, perante o credor fiduciante, a transferência realizada pelo devedor fiduciário, sendo que, ao negociar o veículo, José Olivano assumiu o ônus de o adquirente não cumprir a promessa de pagar as prestações do financiamento e continuar, por isso, vinculado ao cumprimento do contrato de mútuo com garantia fiduciária." (Apelação nº 0001992-03.2011.8.26.0069, Rel. Des. Antonio Nascimento, j. 30/04/2014);

> "O financiamento foi contraído pelo apelante (fls. 09/10), não sendo lícito transferir a outrem a responsabilidade pelo pagamento do débito para livrar-se da obrigação, mormente se não adotou as medidas cabíveis para transferência da dívida junto à financeira. A cessão de débito no contrato de financiamento só produz efeitos em relação ao credor fiduciário se este anuir expressamente com a assunção da dívida; caso contrário, perdurará a obrigação do devedor fiduciante perante a instituição financeira, a teor do disposto no artigo 299, do Código Civil (...)." (Apelação nº 0001371-40.2010.8.26.0069, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 16/10/2013);

> "Considerando, pois, a vedação imposta ao devedor fiduciante para

Acesso ao Sumário

alienar o bem e ceder a dívida sem a aceitação do banco credor tem-se que o negócio jurídico operado entre o apelante e terceiro não o exonera das responsabilidades contratuais assumidas perante o apelado.” (Apelação nº 0007438-31.2008.8.26.0153, Rel. Des. Vianna Cotrim, j. 11/09/2013).

Por outro lado, assiste razão ao recorrente quanto ao cabimento de indenização por danos morais. Isso porque a revendedora de veículos, ao readquirir o bem, assumiu a responsabilidade pelo pagamento perante o autor, não sendo lícito que permitisse a inscrição de seu nome no cadastro de maus pagadores. Neste Tribunal, a matéria não é inédita, consoante se depreende dos seguintes julgados:

“Da mesma forma, patente o dano moral sofrido pelo autor, na medida em que a ré se obrigou contratualmente pelo adimplemento das parcelas negativadas, devendo arcar com as consequências dos seus atos. Aliás, leviano o argumento da ré, de que ‘era perfeitamente possível ocorrer atrasos nas parcelas’, visando exonerar-se do pagamento da indenização pelo dano moral causado ao autor.” (Apelação nº 1000168-18.2013.8.26.0361, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 03/04/2014);

“APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO - Arrendamento mercantil - A realização de contrato de compra e venda particular sem a anuência da instituição financeira é válido entre as partes, mas ineficaz contra a arrendadora - Impossibilidade da obrigação da instituição bancária realizar a transferência da propriedade dos veículos, pois não anuiu na contratação - (...) - DANO MORAL – Caracterização - A não comunicação da venda do automóvel a terceiro pelo réu e o inadimplemento das parcelas ensejaram a cobrança da instituição arrendadora e a inscrição no cadastro dos devedores - Recurso parcialmente provido.” (Apelação nº 0003117-52.2007.8.26.0390, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hugo Crepaldi, j. 06/02/2014);

“Em relação a Luiz Carlos Gonçalves, embora a transação de celebrada não gere efeito contra o Banco Santander, é válida entre as partes, caracterizando ato ilícito o descumprimento que gerou a inscrição do nome do coautor nos órgãos de proteção ao crédito pela ausência de pagamento das prestações do financiamento.” (Apelação nº 0012286-75.2008.8.26.0019, desta C. Câmara, Rel. Des. Antonio Nascimento, j. 19/06/2013);

O dano moral decorreu do próprio apontamento indevido no rol dos inadimplentes, e prescinde de demais provas para se caracterizar, eis que este acha-se “*in re ipsa*”.

Observa-se apenas que a conduta pode ser imputada apenas à primeira

Acesso ao Sumário

requerida, porque a instituição financeira agiu no regular exercício de direito, considerando que a inadimplência é confessa.

No tocante ao valor da condenação, não existindo parâmetros legais para a fixação do valor do dano moral, o arbitramento deve ser feito com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em quantia compatível com a intensidade do sofrimento da vítima, observando-se as peculiaridades do caso em concreto, bem como a condição econômica das partes.

Sobre a quantificação do dano moral, vale citar o entendimento de Rui Stoco no sentido de que "*para a composição do dano moral exige-se um nexo de coerência. Impõe esse nexo uma correção entre o que se pede e aquilo que se necessita e, ainda, entre o que se necessita e o que se pode efetivamente pagar. É na fixação de valor para efeito de compensação do dano moral que a equidade mostra força, adequada pertinência e transita com maior desenvoltura. (...) Em resumo, tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabeleça os critérios de reparação, impõe-se, obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada, que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido.*" (Rui Stoco *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Tomo II, 9ª ed., RT, p. 995).

Pois bem, no caso dos autos, considerando as particularidades do ofendido e do ofensor, o evento danoso e os propósitos da reparação, a indenização fixada em R$ 5.000,00 mostra-se razoável e proporcional ao dano moral suportado, não comportando redução, com incidência de juros de mora a partir da citação da ré, e correção monetária a contar da data do arbitramento.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, nos termos acima enunciados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0126199-15.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL WILLIAM RIBEIRINHO STURARI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANIF CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os agravos retidos e negaram provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e BONILHA FILHO.

São Paulo, 9 de junho de 2014.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: 1. Corretagem - Obrigação de fazer c.c. declaratória de nulidade e indenizatória julgadas conjuntamente - Agravos retidos - Ilicitude das provas entranhadas pela ré - Ausência - Históricos de operações realizadas que guardam inteira relação com o objeto da contratação entre as partes - Preservação daquelas que refletem gastos ou a vida pessoal do autor - Cumprimento, pela ré, ademais, do ônus de instruir sua resposta com os documentos pertinentes à prova de suas alegações.

2. Suficiência de fundos para garantir a continuidade das operações de aluguel de ações na Bolsa de Valores intermediadas pela ré - Não comprovação - Documento trazido pelo autor que demandava esclarecimentos por perícia contábil, não produzida no feito - Inversão do ônus da prova – Descabimento - Hipossuficiência do autor, profissional altamente qualificado na área jurídica e conhecedor do mercado de capitais - Inexistência.

3. Autorização contratual para a exigência dessas garantias e liquidação das posições do demandante na escassez delas - Ocorrência - Abusividade dessas cláusulas - Má fé - Ausência.

4. *Supressio* - Não configuração do instituto - Rejeição dos agravos retidos e improvimento do apelo.

VOTO

A r. sentença de fls. 540/548, cujo relatório é ora adotado, julgou improcedentes as ações de obrigação de fazer c.c. declaratória de nulidade de cláusula contratual e de indenização por danos materiais e morais relativas a corretagem, daí o apelo do autor, a fls. 556/600, buscando a reforma e reiterando, preliminarmente, os agravos retidos contra decisões de fls. 312 e 538/539 que, em síntese, indeferiram o desentranhamento de provas que o agravante entendeu ilícitas, seus extratos bancários juntados pela ré, em violação ao sigilo bancário do autor.

No mérito, aduziu que todos os fatos narrados na inicial são incontroversos, exceto a existência de garantia em valor suficiente para os oito contratos de aluguel de ações; seu montante, no entanto, está cabalmente comprovado pelo documento de fls. 58, demonstrando possuir o autor saldo muito superior ao necessário, tratando-se de peça extraída do site da própria ré, que não o impugnou nem produziu contraprova, certo que era ônus da apelada demonstrar quais seriam os valores das garantias exigidas e daquelas depositadas.

Sustentou, outrossim, que o sistema da recorrida, obviamente, levava em conta o saldo devedor para calcular o valor da garantia necessária, sendo possível, por simples visualização dos valores ali constantes, constatar, ainda que deduzido o saldo devedor lá mencionado, que o total das garantias era muito superior ao necessário.

Assim, a seu ver, restou demonstrado, ao menos, que a ré rescindiu indevidamente os quatro contratos vinculados às contas correntes, sob falsa alegação de que as respectivas garantias eram insuficientes.

Por outro lado, invocou a impossibilidade do autor em produzir provas sobre a suficiência das garantias dos contratos vinculados à conta-investimento, prova esta, em contrapartida, de simples produção para a ré, devendo ser aplicado o princípio *in dubio pro consumidor* porque defende a respectiva hipossuficiência do autor na produção desta prova específica.

Pretendeu, também, o reconhecimento da abusividade da cláusula que possibilita a exigência de garantias adicionais a qualquer tempo, de acordo com a exclusiva vontade da ré, ainda que contra normas vigentes, salientando que entre 18.01.10 e 09.02.10 seu patrimônio aumentou em virtude da queda da Bolsa de Valores, do que se conclui que não deveria acrescentar novas garantias, mesmo com o incremento das operações realizadas.

Apontou, ainda, a ausência de destaque nas cláusulas limitativas de direitos, fato incontroverso, arguindo que o dever de informação não se cumpre com a mera exigência de assinatura do contrato.

Acesso ao Sumário

Invocou, por outro lado, a violação ao princípio da boa-fé objetiva pela adoção de comportamento contraditório pela ré, uma vez que esta, mesmo tendo autorizado expressamente a celebração de todos os contratos de aluguel de ações, confessou em sua defesa que jamais poderia tê-lo feito desde 7.11.09 destacando, no particular, a ocorrência do instituto da *supressio*, tendo em vista que, desde a data retro citada e por setenta e quatro vezes deixou a recorrida de exercer o direito de exigir o reforço de garantias ou rescindir unilateralmente esses contratos.

Finalmente, em caso de provimento, os honorários do patrono do autor devem ser majorados e desapensados os autos da demanda indenizatória para julgamento desses pedidos em primeiro grau. Quando não, a ação deve

ser julgada parcialmente procedente para restabelecer ao menos os contratos vinculados à conta corrente do apelante.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões a fls. 641/658, subiram os autos.

É o relatório.

Os agravos retidos não merecem acolhida, em primeiro lugar dado o momento processual, sendo de pouco interesse as questões ali examinadas para a solução da lide.

De qualquer sorte, a juntada pela ré da documentação impugnada pelo recorrente tem a ver com as suas relações contratuais com esta última, em especial no que atine aos históricos de operações realizadas pelo agravante com a demandada, com toda a movimentação de débito/crédito/saldos desde julho de 2.007 a abril de 2.010.

Nem mesmo sob o argumento de que refletem eles gastos ou a vida pessoal do autor os recursos hão de merecer acolhida, pois, quanto àqueles que não tinham relação com a matéria dos autos, foi determinado o respectivo desentranhamento e quanto aos outros, parcela dos extratos bancários, ao menos os de fls. 431-452 referem-se, exatamente, a transferência e aplicação de valores.

Não se olvide, ademais, que o desentranhamento, como se pretendeu, viria em confronto com a regra do art. 396 do estatuto processual civil, segundo a qual, compete à parte, no caso a ré, instruir a resposta com os documentos pertinentes à prova de suas alegações.

No mais, o recorrente contratou com a ré a intermediação do aluguel de ações na Bolsa de Valores de São Paulo, contratos estes que, segundo sua ótica, sob indevida alegação por parte da ré de insuficiência de garantia, foram abrupta e unilateralmente rescindidos e, em razão disso, pleiteou nestes autos o restabelecimento desses contratos de aluguel e a indenização respectiva na ação em apenso, objeto da mesma sentença.

Portanto, a par dos diversos pontos abordados no recurso, a questão central dos autos é a existência ou não de fundos disponibilizados pelo autor perante a corretora e o ônus da prova da sua existência para se aferir se foi correta ou não a atitude desta última ao promover a liquidação das posições do demandante.

Segundo consta da inicial, os contratos de aluguel de ações estão necessariamente ligados a uma conta bancária, na qual são depositadas as garantias a eles referentes, certo que o apelante vinculou quatro dos contratos à conta corrente que possuía com a ré e, outros quatro, à conta investimento.

Conforme a cláusula segunda (fls.34 e 276) dos contratos, o autor assinou o *termo de autorização de cliente* com o seguinte teor:

> "Quando o CLIENTE estiver atuando na posição tomadora de títulos, deverá apresentar as garantias exigidas pela CBLC, nos termos

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

do Regulamento, bem como aquelas que possam ser exigidas pela INTERMEDIÁRIA a seu critério e a qualquer tempo as quais poderão, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial, ser executadas caso o CLIENTE deixe de atender qualquer obrigação decorrente de sua operação."

E a sentença bem concluiu, em resumo, que dada a amplitude das opções passíveis de inclusão na Bolsa de Valores, aí também se encontra compreendido o aluguel de ações dados os termos da contratação (fls. 260/262): *operações nos mercados a vista, a termo, de opções e no mercado futuro de títulos, valores mobiliários e assemelhados administrados por bolsa de valores e/ou por entidade do mercado de balcão organizado.*

Por outra, no que atine mais precisamente ao objeto da discussão dos autos (garantias às operações) a ré juntou o documento/extrato de fls. 58 indicando saldo devedor (negativo) relativo ao patrimônio total estimado de R$ 542.736,01 embora, é claro, ali estejam contidas outras informações, como a "garantia depositada" e a "garantia exigida", no que se apega ao autor para dizer que seu saldo era suficiente e não justificada a liquidação operada pela ré.

Mas evidentemente tratam-se de itens contábeis diferentes e essa a matéria controversa diante das posições sustentadas pelas partes admitiria a produção de prova pericial nas operações e lançamentos existentes nos registros da ré.

Todavia, não foi ela produzida, cabendo ressaltar que o autor entendeu que era ela desnecessária não apenas em razão do aludido documento de fls. 58 como também, no fundo, invocando a sua qualidade de consumidor para buscar a respectiva inversão do ônus sob alegação da respectiva hipossuficiência.

Porém, essa inversão, prevista no inciso VIII do art. 6° do Código de Defesa do Consumidor, não é automática, havendo que restar caracterizada a hipossuficiência do consumidor, lembrando-se que ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto de facilitação da defesa dos direitos do consumidor (REsp nº 171.988-RS, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Nesse sentido a jurisprudência:

Só se autoriza a inversão do ônus da prova quando demonstrada a incapacidade ou a impossibilidade técnica do consumidor produzi-la. A facilidade da norma que prevê a inversão é a de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória. (TJ/SP 26ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão nº 992.08.075513-4, rel. Des. RENATO SARTORELLI)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

Acesso ao Sumário

1. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297/STJ).

2. Em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal. Configurados tais requisitos, rever tal apreciação é inviável em face da Súmula 07 (AgRg no Ag 1263401/RS, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 23/04/2010).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 728303/SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0031652-4, T3 - Terceira Turma, REL. Min Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 21/10/2010, Publicação DJe 28/10/2010)

E evidentemente não é o caso do autor, profissional altamente qualificado na área jurídica, o que dispensa maiores comentários sobre o conhecimento na área contratual e, consoante se infere da inicial, também conhecedor do mercado de capitais, cliente da ré desde o ano de 2.005, a ponto de se afastar da primeira atividade para se dedicar exclusivamente à segunda, que passou a ser a fonte geradora de seus ganhos.

Nesse aspecto, bem ponderou a r. sentença:

Assim se afirma, pois o autor efetuava operações na Bolsa de Valores de São Paulo desde 2005, sempre por meio da ré. Posteriormente, a partir de 2009, essas operações passaram a ser a sua única fonte de renda, sendo que seus ganhos, a partir daí, resultavam em uma média de R$ 21.441,65 mensais. Como se vê, o autor possuía plena ciência dos contratos que realizava por meio da ré, tanto que, segundo seu próprio relato, seu percentual de ganhos com ações era de 72,9% entre maio de 2009 e fevereiro de 2010. (...)

(...)

Nestas circunstâncias, não há como se afirmar serem suficientes as garantias depositadas pelo autor. A propósito, é incabível a inversão do ônus da prova, em razão da ausência de hipossuficiência técnica e de verossimilhança de suas alegações.

Com efeito, consoante já consignado, o autor era plenamente capacitado na celebração de contratos e na realização de operações na Bolsa. Não era nenhum leigo no assunto e tinha pleno domínio daquilo que estava fazendo.

Do mesmo modo como juntou documento que indicava seu saldo e garantias referentes à conta corrente, o autor poderia, facilmente, ter juntado um extrato similar no tocante à sua conta investimento. A produção dessas provas, com se vê, não era obstaculizada por dificuldade alguma, inexistindo desequilíbrio entre as partes em relação

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

a essa questão. Contudo, nada trouxe aos autos que pudesse corroborar suas alegações. (fls. 544/547)

Assim, considerada descabida a inversão do ônus probatório, cabia ao autor, se não por prova pericial, por ele rejeitada ao postular o julgamento antecipado da lide, ao menos trazer extratos bancários de sua conta investimento demonstrando, contabilmente, que nesta havia saldo suficiente para a cobertura das garantias, que não lhe eram desconhecidas e o respectivo reforço.

No particular no que atine à previsão de reforço, não se justificando, por outra, destaque especial e não se vislumbrando nenhuma abusividade, mostra-se absolutamente razoável dentro das características dos negócios em questão que, consoante o contrato de fls. 260/262 continha, como já assinalou, objeto bastante amplo, compreendido também o aluguel de ações.

Em suma, é certo, pois, que o documento de fls. 58 demonstrou adequadamente a insuficiência de patrimônio do autor para respaldar as operações em Bolsa intermediadas pela ré, não tendo ele demonstrado, como lhe incumbia, nos termos do art. 333, I, do CPC, prevalente na espécie, a existência de saldo para cobertura das operações pactuadas com a segunda.

Outrossim, não se demonstrou ato de má fé por parte da demandada ao exercer ato de liquidação de posições contratualmente prevista, não custando lembrar, a lição hermenêutica de Carlos Maximiliano, segundo a qual: *O dolo não se presume: na dúvida, prefere-se a exegese que o exclui. Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuitos contrários ao Direito, ou à Moral* (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 262-3, Forense, 9ª. ed.).

Ainda buscando a procedência das ações, com a subsistência dos contratos, em harmonia com o princípio da boa fé objetiva, invocou o recorrente a aplicação do instituto da *supressio* porque a demandada, em vários momentos ao longo das relações contratuais, não teria exercido a cláusula relativa às garantias.

Esse instituto, em síntese, segundo se compreende, implica no reconhecimento de que determinado direito contratual não mais pode ser exercido porque, não utilizado por um dos contratantes durante certo período de tempo, resulta na expectativa, para o outro, que dele nada mais será exigido na sua versão original.

Mas há de se verificar os indícios objetivos da não utilização do direito e o contexto em que este fenômeno se insere, o que não ocorre na hipótese vertente dada a natureza dos contratos firmados entre os litigantes e o mercado acionário onde negócios são realizados em pouco espaço de tempo, com operações de compra, venda e assemelhadas que ocorrem às vezes no mesmo dia, de forma

que a quantidade de vezes (setenta e quatro) que o autor alega que a corretora deixou de exercer seu direito não impressiona e nem justifica o acolhimento da pretensão inicial por esse ângulo da causa, frise-se, bem colocado no recurso.

A r. sentença, nesse aspecto, acertadamente consignou:

> Ao seu turno, também não há que se falar em *supressio*. Esta se traduz pela perda de uma posição jurídica ativa em razão de seu não exercício por um considerável período, o que faz nascer na parte contrária a legítima expectativa de que aquela posição não mais será exercida. Ora, conforme já exposto, essa legítima expectativa nunca existiu; o considerável período, por sua vez, jamais poderia se adstringir a ínfimos setenta e quatro dias, ainda mais quando o próprio contrato já estipulava que as garantias poderiam ser exigidas em qualquer tempo. (fls. 544-545)

Em suma, mesmo em face das boas razões recursais lançadas nos autos, tem-se que o r. decisório apelado adequadamente examinou as questões ali levantadas e merece, inclusive por seus próprios fundamentos, a respectiva confirmação.

Pelo exposto, rejeito os agravos retidos e nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002065-03.2011.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ANDREA CALDAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CRISTINA MARIA CAVALCANTI DE LEMOS.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.974)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 9 de junho de 2014.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: LOCAÇÃO - RENOVATÓRIA - CONSULTÓRIO DENTÁRIO - FUNDO DE COMÉRCIO-INEXISTÊNCIA-IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Afigura-se inaplicável ao dentista, que exerce profissão

Acesso ao Sumário

liberal, o disposto no artigo 51, § 4º, da Lei nº 8.245/91 - que assegura o exercício da ação renovatória às indústrias e sociedades civis com fins lucrativos - uma vez que sua transferência de um local para outro, em regra, não afeta ser procurado por seus clientes.

VOTO

Ação renovatória de contrato de locação comercial julgada improcedente pela r. sentença de fls. 186/190, cujo relatório adoto, complementada em sede de embargos de declaração (*cf. fl. 206/207*).

Inconformada, apela a autora insistindo na reforma. Sustenta, em síntese, que tem direito à renovação do contrato de locação, pois está estabelecida no local há mais de dez anos, sendo certo que o vínculo mantido com seus clientes constitui o fundo de comércio, merecendo a proteção do artigo 51, inciso III, § 4º, da Lei nº 8.245/91. Busca, por isso, a inversão do resultado do julgamento.

Recurso respondido e isento de preparo em face da gratuidade processual.

É o relatório.

A r. sentença combatida, a meu ver, dirimiu acertadamente o conflito e merece subsistir por seus próprios fundamentos.

Extraio dela o seguinte excerto que adoto, como razão de decidir, para evitar repetições, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal, ***verbis***:

"(...)

É dizer: a autora, profissional liberal que exerce individualmente suas atividades profissionais, não tem direito à renovação compulsória do contrato de locação.

O disposto no artigo 75 da Lei n.º 8.245/91 (fls. 05) não socorre a autora, pois não se cuida de locação protegida pela renovação judicial do contrato e porque não se está diante da hipótese prevista no artigo 72, III, da mesma Lei. Diante da improcedência da ação e porque já expirado o prazo contratual, o pedido de retomada do imóvel formulado pela ré (fls. 97) comporta acolhimento, haja vista o disposto no artigo 74 da Lei n.º 8.245/91" *(cf. fl.189)*.

A apelante quer equiparar seu consultório dentário a um estabelecimento comercial para se beneficiar da ação renovatória.

O reclamo, porém, não merece prosperar, pois, à evidência, exerce profissão liberal no imóvel locado e, sendo assim, jamais poderá ser considerada comerciante.

É bem verdade que se a profissão liberal se relaciona com o exercício de um comércio ou de uma indústria, seja em caráter principal, seja em caráter

Acesso ao Sumário

acessório, o inquilino se beneficiará da proteção legal (*Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel, Nascimento Franco e Nisske Gondo, p. 59, 4ª edição, RT*).

Sucede que, no caso ***sub judice***, não há elemento algum de comércio dentro da atividade desempenhada, o que impede a procedência da ação renovatória.

Aliás, afigura-se inaplicável ao dentista, que exerce profissão liberal, o disposto no artigo 51, § 4º, da Lei nº 8.245/91 - que assegura o exercício da ação renovatória às indústrias e sociedades civis com fins lucrativos - uma vez que sua transferência de um local para outro, em regra, não afeta ser procurado por seus clientes.

Logo, inexistindo fundo de comércio a ser protegido, nego provimento ao recurso, confirmando a r. sentença combatida por seus jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023958-24.2001.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante CARINA HORTENCIA MENDES, são apelados UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, JULIA FERNANDA GARCIA TORTELLO (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA HELENA NOBREGA TORTELLO (JUSTIÇA GRATUITA) e ANA CAROLINA GARCIA TORTELLO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso e julgaram prejudicada a denunciação à lide. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Cobrança de despesas médico-hospitalares. Juízo de procedência. Apelo da ré, provido, para reconhecer-lhe parte ilegítima *ad causam*, prejudicado incidente de denunciação da lide.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Despesas médico-hospitalares, ação de cobrança julgada procedente pela sentença de fls. 370/376, também pontuando a improcedência de lide secundária, apela a ré, enfatizando argumentos, a sustentar tese de ilegitimidade passiva (apenas prestou socorro à vítima; ônus do pagamento atribuído a parentes da vítima, denunciados à lide). No mérito, bate-se pela improcedência.

Resposta recursal, a fls. 422/425.

FUNDAMENTAÇÃO

Sobretudo na emergência de internação hospitalar, não é possível interpretar simples termo de responsabilidade como verdadeira confissão de dívida, de valores a faturar, no mais das vezes apenas apresentados ao final da internação.

Tal formatação, padronizada, com esse alcance configura abuso de direito, tratando-se de mecanismo iníquo, violando princípios de boa-fé (artigo 187, do Código Civil; artigos 47 e 51, IV e § 1º, I, II, e III, da Lei nº 8.078/90), na hipótese dos autos nítido que a ré estava a prestar socorro à vítima, não lhe guardando relação de parentesco (era simples namorada da vítima).

A prova confirma que as filhas da vítima acompanharam o período de internação, fazendo visitas no hospital (fls. 310/313), do que este (sendo comum que disponha de pessoal próprio, até mesmo corpo de assistentes sociais, exatamente com a finalidade de contatar a família do paciente, para atualizar dados da internação e exata medida de responsabilidades) não pode alegar desconhecimento, optando por aguardar o encerramento da internação, com o óbito do paciente, e, assim, para direcionar a cobrança de valores, exatamente contra a ré, única pessoa sem vínculo de parentesco com a vítima.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso, dando pela carência do pedido (ilegitimidade passiva *ad causam*), processo extinto, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Sucumbente, a autora pagará as despesas processuais, com a honorária do patrono da ré arbitrada em três mil reais, com correção monetária da data deste julgamento. Prejudicada a lide de regresso (insubsistência do interesse de agir), neste âmbito ficam compensadas por igual as despesas processuais, arcando cada parte com a honorária do respectivo patrono.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004879-46.2012.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante METALÚRGICA SOUZA LTDA., é apelado FERPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS PLÁSTICAS E FERRAMENTAS LTDA..

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20291)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), ORLANDO PISTORESI e LINO MACHADO.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: CONTRATO DE VENDA E COMPRA DE EQUIPAMENTO - DESISTÊNCIA DA COMPRA COM ANUÊNCIA DA FABRICANTE - PEDIDO PARA DEVOLUÇÃO DOS VALORES DADOS COMO PARTE DO PREÇO - CABIMENTO - AÇÃO PROCEDENTE.

Efetuado o distrato da compra e venda, sem ressalvas, o alienante não pode reter parte do preço adiantado pelo adquirente.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente a ação de restituição de valores pagos em razão da desistência da compra de equipamento que seria fabricado pela ré.

O magistrado fundamentou sua decisão no fato de não haver convenção sobre as arras - o contrato foi verbal -, tampouco prova do prejuízo, o que afastaria a aplicabilidade do art. 418 do CC e sua retenção representaria enriquecimento ilícito.

O autor pretende a inversão do julgado sob o argumento de que, independentemente de previsão contratual, tem direito de reter o valor dado a título de arras, pois ele representa uma indenização mínima pela desistência do negócio e não necessita de comprovação do prejuízo.

O recurso foi processado no duplo efeito, com contrarrazões.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não merece provimento, sendo irrelevante a qualificação jurídica dos valores adiantados pelo autor/adquirente.

Isso porque a apelante não contestou a versão articulada na petição inicial, no sentido de que *"... após a realização dos depósitos pela requerente, em razão de problemas internos, esta decidiu realizar o cancelamento da compra do equipamento, e, após diversos contatos telefônicos com a requerida,* ***fora aceito e aprovado o cancelamento da compra pela diretoria da empresa requerida, conforme e-mail encaminhado à requerente datado de 12.07.2011*** *pela funcionária do Departamento Comercial, Sra Daiane dos Anjos, ora anexo."*.

Isso significa que houve desfazimento bilateral do negócio - sem nenhuma ressalva da vendedora, conforme *e-mail* copiado às fls. 17 -, o que faz inviável a retenção dos valores adiantados pelo adquirente e correta a sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses Autos de Conflito de Competência nº 0024858-13.2014.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO e são suscitadas 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO e 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de competência, para que seja fixada junto à 3ª Câmara de Direito Privado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18966)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOÃO CARLOS SALETTI, ADEMIR BENEDITO, CLÓVIS CASTELO, MATHEUS FONTES, J. B. FRANCO DE GODOI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

GRAVA BRAZIL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência entre as 3ª, 16ª e 8ª Câmaras de Direito Privado - Nos termos do pedido, a despeito da apontada simulação de vínculo societário ou de disfarce de consórcio, o litígio gira substancialmente em torno de contratação para aquisição de bem imóvel - Competência preferencial de uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos do art. 5º, I.25, da Resolução 623/2013, deste E. Tribunal de Justiça - Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da 3ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

I - Cuida-se de conflito de competência instaurado nos autos da apelação nº 0046216-56.2009.8.26.0114, entre as Colendas 3ª, 16ª e 8ª Câmara de Direito Privado, nos termos dos respectivos julgamentos colegiados, cujas ementas a seguir se reproduz:

"Ação ordinária. Rescisão de contrato para aquisição de casa própria c/c perdas e danos. Contrato de sociedade em conta de participação que em realidade é de consórcio. Competência recursal afeta a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado II. Precedente do Órgão Especial pelo julgamento do conflito de competência nº 990.10.375439. Recurso não conhecido com determinação de redistribuição à uma das Câmaras que integram a Seção de Direito Privado II." (Rel. Des. João Pazine Neto, j. em 22.11.2011, fls. 222/226)

"Competência ação declaratória de nulidade de 'Contrato de Constituição de Sociedade em Conta de Participação' discussão que envolve a compra e venda de imóvel - matéria da competência das 1ª a 10ª Câmaras desta C. Seção de Direito Privado recurso não conhecido - remessa determinada." (Rel. Des. Jovino de Sylos, j. em 27.08.2013, fls. 234/237)

"SOCIEDADE COMERCIAL. Sociedade em conta de participação. Ação buscando seu reconhecimento e declaração de nulidade. Sentença de procedência. Apelo da ré. Não conhecimento. Matéria afeta à Câmara de Direito Empresarial. Redistribuição determinada." (Rel. Des. Luiz Ambra, j. em 07.03.2014, fls. 248/251)

É o relatório do essencial.

II - Pelo que se depreende dos termos do pedido, a pretensão é de rescisão de contratação (fls. 29/34) que, embora denominada de sociedade em conta de participação, "tinha o objetivo de possibilitar ao Requerente a aquisição futura de um imóvel residencial, que o próprio aderente escolheria, no valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), de modo que o Requerente pudesse ter a casa

própria, de uma forma parcelada, como se um consórcio fosse.” (cf. terceiro parágrafo, fls. 3).

Em realidade, a despeito da apontada simulação de vínculo societário ou de disfarce de consórcio, o litígio diz com a compra e venda de bem imóvel, conforme reconhecido pela Primeira Subseção de Direito Privado, em diversos recursos tirados de demandas envolvendo a mesma contratação:

> “SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO - OBJETIVO DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL - ANULAÇÃO DO CONTRATO POR FRAUDE À LEI - RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NÃO CABIMENTO - FATOS DESCRITOS QUE, EMBORA GEREM ABORRECIMENTOS, NÃO ENSEJAM REPARAÇÃO POR ABALO EXTRAPATRIMONIAL - APELO ACOLHIDO EM PARTE.” (Ap. nº 9159205-34.2008.8.26.0000, 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Antonio Vilenilson, j. em 09.04.2013).

> “Instrumento firmado entre as partes que, muito embora denominado ‘Proposta de Admissão em Sociedade em Conta de Participação’ possui nítida natureza de compra e venda de bem móvel - Relação contratual que, por conta disso, deve ser examinada à luz do CDC - Suposta sócia ostensiva que deixou de cumprir o avençado no tocante à liberação do capital contratado, tampouco efetuando a entrega do bem - Culpa verificada - Admissível a restituição integral das parcelas pagas pela autora, acrescidas de juros e correção monetária - Danos morais não configurados na espécie - Parcial procedência decretada - Ação julgada extinta em face das demais pessoas jurídica e físicas indicadas em petição de emenda, uma vez que não contrataram diretamente com a autora - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido.” (Ap. nº 0000439-16.2007.8.26.0115, 8ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Salles Rossi, j. em 20.02.2013).

> “CONTRATO. COMPRA E VENDA. IMÓVEL. CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. Pretensão do autor, adquirente, à concessão de indenização por danos morais decorrentes do pagamento de prestações para integralização do capital da sociedade, sem que fosse contemplado com crédito necessário à aquisição de imóvel. 1. Embora o contrato tivesse a roupagem de constituição de uma sociedade comercial, em verdade, o autor foi induzido a efetuar o pagamento de prestações para obtenção de casa própria. É espécie de compromisso de venda e compra, porque o único interesse dos autores era a aquisição do imóvel. Entretanto, o imóvel nunca foi entregue. 2. A compra da casa própria gera expectativas e esperanças, que, no caso em exame, acabaram frustradas, sendo que o autor, por certo, teve que remanejar a vida enquanto aguardava a liberação do crédito, o que nunca ocorreu. A ré, sem dúvida, abusou da boa-fé do autor e tal conduta, com segurança, afetou sua dignidade. O autor cumpriu suas obrigações contratuais e, durante o período, não pôde adquirir o bem

Acesso ao Sumário

pelo qual pagou. Assim, embora se cuide de inadimplemento contratual risco inerente a qualquer negócio jurídico , justifica-se o pedido de reparação por danos morais. Reparação por danos morais concedida. Recurso provido." (Ap. nº 0029695- 92.2009.8.26.0451, 10ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 30.10.2012).

"RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Ré que embora se denomine sociedade em conta de participação desempenha atividade de administração de consórcio - Contrato que visa exclusivamente a compra e venda de imóveis - Infringência legal que nulifica o contrato e a escritura dele decorrente - Autora que foi coagida a assinar novo contrato, três anos depois do primeiro, sob a ameaça de que perderia 20% do investimento e que somente receberia a devolução do restante muitos anos depois - Inadimplemento da ré, que não permitiu à autora escolher um imóvel, entregando-lhe uma casa a qual não teve acesso a todos os cômodos antes de celebrar o negócio - Conduta abusiva - Danos morais configurados - Indenização mantida - Recurso desprovido." (Ap. nº 0020612-30.2008.8.26.0114, 4ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Milton Carvalho, j. em 12.04.2012).

"COMPRA E VENDA - Contrato de sociedade que não corresponde ao negócio pactuado - Não cumprimento das condições contratadas - Aplicação do Código de defesa do Consumidor - Rescisão contratual - Devolução dos valores pagos - Recurso não provido." (Ap. nº 9094837-50.2007.8.26.0000, 2ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. em 06.03.2012).

"RESCISÃO CONTRATUAL - CONTRATO QUE SE REVESTE DAS CARACTERÍSTICAS DE CONSÓRCIO, SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES - FRAUDE CONTRA O CONSUMIDOR CARACTERIZADA - DANOS MORAIS E MATERIAIS NÃO CONFIGURADOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS IMPROVIDOS." (Ap. nº 9150289-45.2007.8.26.0000, 5ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. em 25.11.2009).

Assim, considerando que as ações relativas a compra e venda que tenham por objeto imóvel estão inseridas na competência preferencial dentre uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado, conforme previsto no art. 5º, I.25, da Resolução 623/2013, deste Egrégio Tribunal, a competência para julgar o recurso fica atribuída a C. 3ª Câmara de Direito Privado, a quem o recurso de apelação foi inicial e livremente distribuído (fls. 220).

III - Ante o exposto, julga-se procedente o conflito de competência, para que seja fixada junto à 3ª Câmara de Direito Privado, para onde o recurso deverá ser encaminhado. É o voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0149009-85.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante EXMO. SR. DES. RELATOR DA 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado EXMO. SR. DES. RELATOR DA 22ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam a competência da C. 25ª Câmara de Direito Privado, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 33248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), CLÓVIS CASTELO, MATHEUS FONTES, J. B. FRANCO DE GODOI, RUY COPPOLA, GRAVA BRAZIL, LUIZ ANTONIO DE GODOY e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Medida cautelar de arresto de arrobas de algodão - Contrato que tem por objeto coisa móvel - Competência da Seção de Direito Privado III (da 25ª à 36ª Câmaras) - Aplicação dos artigos 5º, III, "14", da Resolução nº 623/2013, e 102 do RITJESP - Fixação da competência da 25ª Câmara de Direito Privado - Conflito procedente.

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de conflito de competência suscitado, em análise de recurso de apelação, pelo *Exmo. Sr. Desembargador Relator da 25ª Câmara de Direito Privado*, Dr. Edgard Rosa, em face do *Exmo. Sr. Desembargador Relator da 22ª Câmara de Direito Privado*, Dr. Andrade Marques.

Distribuído inicialmente o recurso para a 22ª Câmara de Direito Privado, declinou esta de julgá-lo, sob o argumento de que havia prevenção da 25ª Câmara de Direito Privado para o conhecimento da causa, solicitando a redistribuição dos autos à referida Câmara (fls. 826/827).

Redistribuído o feito para a 25ª Câmara, esta entendeu por bem representar ao Exmo. Sr. Presidente da Seção de Direito Privado, aduzindo que *a demanda*

se funda em título executivo extrajudicial, sendo certo que a competência preferencial para a análise de referida matéria cabe à Seção de Direito Privado II (fls. 835/836).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do conflito, declarando-se a competência da Câmara suscitada (fls. 845/847).

É o relatório.

A controvérsia se instaurara em apelação tirada nos autos de medida cautelar de arresto julgada extinta.

O feito fora inicialmente distribuído à 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu do recurso, ao fundamento de que os requeridos opuseram exceção de incompetência, decisão da qual foi tirado o Agravo de Instrumento nº 0027469-17.2006.8.26.0000, que fora distribuído livremente ao Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, então integrante da 25ª Câmara de Direito Privado, na data de 11/07/2006. Invocando os termos do art. 102 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, entendeu cabível a redistribuição do feito à citada Câmara.

Redistribuído o processo para a 25ª Câmara, esta houve por bem representar ao Exmo. Sr. Presidente da Seção de Direito Privado, aduzindo que a demanda se funda em cédula de produto rural, sendo certo que a competência preferencial para a análise de recursos envolvendo título executivo extrajudicial cabe à Seção de Direito Privado II. Ademais, observou que o julgamento dos embargos declaratórios nº 990.09.311680-4/50000 fora anulado pelo E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 792/vº), e que nova decisão somente poderia ser proferida pela C. 22ª Câmara de Direito Privado.

Respeitado entendimento diverso, no caso concreto, competente para o processamento do recurso é a C. 25ª Câmara de Direito Privado.

De se observar, primeiramente, que, inobstante o C. Superior Tribunal de Justiça tenha anulado o resultado dos Embargos Declaratórios nº 990.09.311680-4/50000 (fls. 736/738) no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.380.414-SP (fls. 792), a reanálise do mesmo restou prejudicada pela decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1.362.331-SP, o qual determinou o recebimento da apelação interposta (fls. 658/661).

Deste modo, tal julgado gerara, consequentemente, a anulação de todos os atos processuais subsequentes à interposição do apelo não recebido (fls. 801), inclusive o cumprimento de sentença então questionado, e que fora objeto dos referidos embargos de declaração.

De outra parte, a competência do órgão jurisdicional, seja originária ou recursal, com bem leciona Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *Instituições de Direito Processual Civil* (V. I, 4ª ed., São Paulo, 2004, p. 421/422), é aferida ***"invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos***

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

***elementos da demanda proposta,* in statu assertionis".**

Nesse sentido, vide também: STJ, Conflito de Competência n° 100.589/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/09/2009, DJe de 30/09/2009; Conflito de Competência n° 90.673/SP, STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, j . 27/05/2009, DJe de 10/06/2009; Conflito de Competência n° 98.704/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 11/02/2009, DJe de 04/03/2009.

Desta forma, a definição do órgão jurisdicional competente deve ser realizada à luz dos elementos da petição inicial, conforme, inclusive, estabelecido no art. 100 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Art. 100. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

No caso vertente, os autos cuidam de cautelar de arresto de 134.524 arrobas de algodão.

Narra a inicial que tal produto seria garantia de cédula de produto rural firmada entre as partes, e a medida fora ajuizada sob a alegação de que a aludida mercadoria estaria sendo comercializada a terceiros, em prejuízo da autora, suposta legítima credora (fls. 02/12).

Apesar da relação jurídica havida entre as partes basear-se em título extrajudicial (cédula de produto rural, título executivo por força da Lei nº 8.929/94 - art. 4º), entende-se que deve prevalecer, na demanda, o aspecto do **objeto sobre o qual se estabeleceu a obrigação** em foco, no caso, as arrobas de algodão, consoante se vê a fls. 36/37, inserindo-se, portanto, no campo do ***contrato que tem por objeto coisa móvel***, cuja competência é preferencial da Terceira Subseção da Seção de Direito Privado, nos termos do art. 5º, III, item "III.14", da Resolução nº 623/2013, que atribui a esta o julgamento de ***"ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes".***

Veja-se, a esse respeito, os precedentes do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, consubstanciados nas seguintes ementas:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Conflito negativo - Agravo de Instrumento - Ação que versa sobre execução para entrega de coisa certa (soja), fundada em contrato de compra e venda, garantido por cédula de produto rural. Ajuizamento de diversos agravos de instrumento nesta Corte de Justiça oriundos da mesma ação originária. Dúvida de Competência nº 990.10.262634-2 que já reconheceu a competência da Colenda 32ª Câmara de Direito Privado. Obrigatoriedade da vinculação do julgamento dos incidentes posteriores. Conflito acolhido para reconhecer a competência da Câmara suscitada (32ª Câmara de Direito Privado)." (TJSP, Conflito de Competência

Acesso ao Sumário

nº 0230533-12.2010.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Órgão Especial, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, j. em 04/05/2011).

"Competência recursal. Conflito de competência. Execução de acordo homologado judicialmente em ação de execução de obrigação de fazer - entrega de coisa móvel corpórea (soja em grão). Competência que se firma pela causa de pedir da ação onde foi formado o título objeto da execução. Conflito procedente, competente a Câmara suscitada." (TJSP, Conflito de Competência nº 0262634-05.2010.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Órgão Especial, Rel. Des. Reis Kuntz, j. em 27/10/2010).

Por fim, ainda que assim não fosse, vale assinalar que se observa a **prevenção** da 25ª Câmara de Direito Privado, tendo em vista o julgamento proferido em anterior recurso de agravo, tirado em incidente de Exceção de Incompetência oposto pelos requeridos (Agravo de Instrumento nº 1060872-0/6; atual 0027469-17.2006.8.26.0000), distribuído na data de 11 de julho de 2006 ao Exmo. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli fls. 139 e seguintes dos autos apensos).

Ora, o RITJESP dispõe, em seu artigo 102, que:

"A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados."

Deste modo, e diante de todo o exposto, julga-se procedente o presente conflito negativo, declarando-se a competência da C. 25ª Câmara de Direito Privado para o processamento e julgamento do apelo.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 9000015-65.2010.8.26.0032/50000, da Comarca de Araçatuba, em que são embargantes AIMAR COMÉRCIO DE MÓVEIS E ESTOFADOS LTDA., LISMAR BRAZ MARTINS e FABIOLA MENEZES, é embargado ITAÚ UNIBANCO S/A.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10999)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 3 de junho de 2014.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão - Inocorrência - Recurso com objetivo manifestamente infringente, admissível somente em situações excepcionalíssimas - Prequestionamento - Desnecessidade de menção expressa a todos os dispositivos legais invocados - Embargos rejeitados.

VOTO

1.- Trata-se de embargos de declaração opostos ao Acórdão de fls. 323/327 que, por votação unânime, não conheceu do recurso de apelação.

Sustenta a embargante que os presentes embargos têm a finalidade de prequestionar a matéria. Assevera que o V. Acórdão foi omisso, pois deixou de se pronunciar sobre a ausência de mora e sobre a ilegalidade da cobrança de juros capitalizados.

É o relatório.

2.- Os embargos não merecem acolhida.

A jurisprudência é firme quanto à excepcionalidade de atribuição de caráter infringente ou modificativo aos embargos declaratórios, o que se admite somente em consequência do acolhimento de eventual omissão, obscuridade ou contradição[1].

Neste sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

> Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso, 'não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil'[2]

1 Dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil: "Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no Acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal."

2 STJ-Corte Especial, ED no REsp 437.380, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.04.05, não conheceram, v.u., DJU 23.05.05, p 119, *apud* Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em*

Todavia, é inegável que modificações poderão ocorrer no julgamento dos embargos, como consequência indissociável da extirpação do vício autorizador da sua oposição. Assim: "Embargos declaratórios não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure consequência inarredável da sanação de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado" (STF-1ª T., AI 495.880-AgRg-Edcl, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.03.06, rejeitaram os embs., v.u. DJU 28.04.006, p. 21). Também: "A obtenção de efeitos infringentes, como pretende a embargante, somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do mencionado art. 535, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício; bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado".[3]

Omissão alguma ocorreu no Acórdão embargado, sendo que o embargante pretende, nestes embargos, apenas reapresentar os argumentos aduzidos nas razões recursais, e, por isso, o recurso apresenta nítido caráter infringente, com intuito apenas de rediscussão do quanto já debatido no recurso.

As matérias apontadas como omissas foram adequadamente analisadas, não estando o magistrado obrigado a abordar as questões suscitadas, nos exatos termos pretendidos pela parte, sendo uníssona a jurisprudência neste sentido:

Nos embargos de declaração, o órgão julgador não está obrigado a responder a "questionário formulado pela parte com o intuito de transformar o Judiciário em órgão consultivo" (RSTJ 181/44: Pet 1.649-AgRg-EDcl)

Ainda: "o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio" (STJ-1ª T., AI 169.073-SP, rel. Min. José Delgado, j. 4.6.98, negaram provimento, v.u.). No mesmo sentido: RSTJ 148/356, RT 797/332, RJTJESP 115/207.[4]

Remanesce íntegro o Acórdão embargado, pois inexistentes as irregularidades apontadas.

3.- Pelo exposto, rejeitam-se os embargos.

---

vigor, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, pág. 742.

3 STJ-3ª Seção, MS 11.760-Edcl, rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.09.06, rejeitaram os embs., v.u., DJU 30.10.06, p. 238, *apud* Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, pág. 742.

4 Obra citada, nota 3 ao art. 535 do Código de Processo Civil, pág. 741.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0002577-04.2008.8.26.0120/50000, da Comarca de Cândido Mota, em que é embargante JOÃO NOGUEIRA DE SOUZA, é embargado COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL DE CÂNDIDO MOTA - CREDIMOTA.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente) e CESAR MECCHI MORALES.

São Paulo, 22 de maio de 2014.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - VÍCIO - Alegação de que o processo teria sido extinto por falta de recolhimento das custas iniciais, porém, na verdade, tratava-se de ausência de pagamento das despesas relativas à condução do Oficial de Justiça - Incorreção - O processo não foi extinto por falta de recolhimento das despesas referentes às diligências do Oficial de Justiça, mas por ausência de pagamento das custas iniciais dos embargos - A finalidade de prequestionar matérias ou dispositivos legais não autoriza o reexame de questões decididas no acórdão - Hipóteses de cabimento dos embargos de declaração restritas às previstas no art. 535 do Código de Processo Civil - Natureza infringente dos embargos de declaração - Impossibilidade de rediscussão de questões devidamente apreciadas - Intuito manifestamente protelatório dos embargos de declaração, pois o embargante invocou fato diverso do que motivou a extinção do processo - Imposição de multa fixada em 1% sobre o valor da causa, prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil - Embargos de declaração rejeitados com imposição de multa.

VOTO

Embargos de declaração opostos por João Nogueira de Souza (fls.

Acesso ao Sumário

186/188) contra o v. acórdão de fls. 175/183, que negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, com a observação de que o processo foi extinto com fulcro nos artigos 257 e 267, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil.

Segundo alegou o embargante, a r. sentença julgou extinto o processo, nos termos do artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o recorrente deixou de recolher as custas processuais no prazo que lhe foi concedido. Todavia, não se tratava das custas iniciais dos embargos, mas de despesas relativas à condução do Oficial de Justiça.

O embargante ressaltou que não foi intimado pessoalmente para o referido recolhimento, providência imprescindível para a extinção do processo por abandono da causa, com base no citado artigo 267, inciso III, e §1º, do Código de Processo Civil.

Salientou que, o caso não era o de recolhimento das custas iniciais para fins de distribuição dos embargos, mas de pagamento das despesas para condução do Oficial de Justiça, situações diversas para fins de aplicação da lei.

Requereu, então, fossem os embargos de declaração acolhidos, para que tal matéria fosse analisada, com efeito modificativo.

É o relatório.

Nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Na espécie, busca o embargante rediscutir matéria já analisada pela Turma Julgadora.

Na verdade, não se trata de falta de recolhimento das despesas do Oficial de Justiça, como equivocadamente alegou o embargante, mas das custas iniciais dos embargos, providência cujo cumprimento prescinde da intimação pessoal da parte, conforme constou expressamente do v. acórdão embargado, nos seguintes tópicos (fls. 179/182):

“O Juízo de origem, ao analisar a petição inicial, determinou que o embargante apresentasse cópias de suas duas últimas declarações de renda para a apreciação do pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 118).

O embargante, por sua vez, ao invés de cumprir tal determinação, optou por requerer a concessão de prazo de trinta dias para o recolhimento das custas e despesas processuais, em evidente renúncia ao pleito de gratuidade anteriormente formulado (fls. 123), pedido este que foi deferido (fls. 124). Entretanto, o embargante não cumpriu tal providência no prazo que havia solicitado (fls. 126), o que motivou a rejeição liminar dos embargos (fls. 127).

O apelante, neste recurso, procurou demonstrar que o processo só poderia ser extinto com fulcro no inciso III do citado artigo 267 do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil, o que acarretaria a necessidade de intimação pessoal da parte para cumprimento da determinação, conforme parágrafo 1º do aludido dispositivo legal.

Na verdade, a ausência de recolhimento das custas iniciais, no prazo de 30 (trinta) dias, acarreta o cancelamento da distribuição, nos termos do artigo 257 do Código de Processo Civil, que dispõe:

'Art. 257. Será cancelada a distribuição do feito que, em 30 (trinta) dias, não for preparado no cartório em que deu entrada'.

Conforme advertem os eminentes Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentário ao artigo 257 do Código de Processo Civil, 'o autor deve fazer o pagamento das custas iniciais para poder ingressar com a ação. Trata-se de taxa pela prestação dos serviços judiciários, regulada pelo RCJF e pelas leis estaduais respectivas. Sem esse pagamento, os serviços judiciários não poderão ser prestados. A guia de recolhimento deve ser juntada com a petição inicial como documento essencial à propositura da ação (CPC 283). Caso não tenha sido juntada, não tenha sido feito o pagamento ou feito irregularmente, o juiz deverá dar oportunidade ao autor para emendar a petição inicial (CPC 284), sob pena de indeferimento e cancelamento da distribuição' (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 516).

A consequência do cancelamento da distribuição é a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, visto que o recolhimento das custas processuais, no caso em que a parte não é beneficiária da assistência judiciária gratuita, é pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Neste sentido, já decidiu esta Colenda Câmara:

'Ação anulatória de duplicata e sustação de protesto. Não recolhimento das custas iniciais no prazo legal. Preclusão. Art. 257 do CPC. Justa causa não configurada. Falta de pressuposto de constituição regular do processo. Extinção do feito sem resolução do mérito mantida. Art. 267, IV do CPC. Recurso improvido' (Apelação 0000333-15.2012.8.26.0136 - Relator: Desembargador Walter Cesar Exner - Cerqueira César - 24ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 02/08/2012 - Data de registro: 07/08/2012 - Outros números: 3331520128260136).

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que, para extinção do processo, por falta de recolhimento das custas iniciais, com base no mencionado artigo 257 do Código de Processo Civil, não há necessidade de intimação pessoal da parte para cumprir esta providência, conforme entendimento pacificado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, evidenciado nos seguintes precedentes daquela Corte Superior:

'AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DISTRIBUIÇÃO SEM RECOLHIMENTO DE CUSTAS. CANCELAMENTO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, desnecessária a intimação

pessoal da parte para o cancelamento da distribuição em virtude da ausência de recolhimento das custas processuais.

2. Agravo regimental não provido'. (AgRg no Ag 1110647/RJ - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2008/0234442-0 - Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - Terceira Turma - Data do Julgamento: 21/08/2012 - Data da Publicação/Fonte: DJe 29/08/2012).

'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NÃO PAGAMENTO DAS CUSTAS INICIAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 257, DO CPC CONFIGURADA.

1. 'É de trinta dias o prazo estabelecido no art. 257 CPC para que o embargante efetue o recolhimento das custas iniciais, não sendo necessário, para extinção do feito em caso de descumprimento, a intimação pessoal do embargante, como decidiu a Corte Especial no REsp 264.895.' (REsp 531.293/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.12.2004, DJ 28.02.2005 p. 282).

2. Recurso Especial provido' (REsp 905693/SP - Recurso Especial 2006/0262489-4 - Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN - Segunda Turma - Data do Julgamento: 03/05/2007 - Data da Publicação/Fonte: DJe 17/10/2008).

'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PREPARO. PAGAMENTO. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO PRÉVIA. INEXIGÊNCIA. ART. 257 DO CPC.

1. A extinção dos embargos à execução por ausência de recolhimento das custas iniciais independe de intimação pessoal da parte para a configuração abandono da causa.

2. Recurso especial conhecido, mas improvido'. (REsp 767844/BA - Recurso Especial 2005/0117117-5 - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS - Segunda Turma - Data do Julgamento: 06/12/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 13/02/2006 p. 776).

Vale salientar que a hipótese não se enquadra no parágrafo 1º do artigo 267 do Código de Processo Civil, o qual se refere, especificamente, aos casos dos incisos II e III deste dispositivo, quais sejam, somente nos casos em que o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes ou quando a parte não promover os atos e diligências que lhe competir, abandonando a causa por mais de 30 (trinta) dias.

Em se tratando de recolhimento das custas processuais iniciais, é desnecessária a intimação pessoal da parte para cumprimento desta providência, bastando a intimação na pessoa do seu advogado constituído, pelo Diário da Justiça Eletrônico, tal como ocorreu neste caso (fls. 124 verso). E, no caso vertente, foi o próprio embargante quem requereu a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para providenciar o recolhimento das custas e despesas processuais (fls. 123), mas deixou de cumprir tal providência".

Como se vê, o processo não foi extinto por falta de recolhimento das despesas referentes às diligências do Oficial de Justiça, mas por ausência de

Acesso ao Sumário

pagamento das custas iniciais dos embargos.

Ressalte-se que, a finalidade de prequestionar matérias ou dispositivos legais não autoriza o reexame de questões decididas no acórdão, cumprindo salientar que os embargos de declaração estão limitados às hipóteses elencadas no citado artigo 535 do Código de Processo Civil, que não ocorreram no caso vertente.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** - Os embargos de declaração não se prestam ao reexame da causa, nem para fins de prequestionamento de questões federais ou constitucionais como meio de viabilizar eventual recurso especial ou extraordinário, e se limitam às hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil. Alegação de omissão afastada." (Embargos de Declaração 0010766-67.2012.8.26.0269 - Relator: Des. Mario A. Silveira - Itapetininga - 33ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 04/02/2013 - Data de registro: 05/02/2013 - Outros números: 107666720128260269500000).

Na espécie, o embargante pretende modificar as conclusões do v. acórdão embargado, tendo os presentes embargos de declaração caráter infringente, o que é inadmissível.

Também ficou evidenciado o intuito manifestamente protelatório destes embargos de declaração, pois o recorrente invocou fato diverso do que motivou a extinção do processo.

Bem por isso, impõe-se a sua condenação ao pagamento, em favor do embargado, de multa fixada em 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração de fls. 186/188, dada a ausência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, e condeno o embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, com base no artigo 538, parágrafo único, do referido Estatuto Processual.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0000437-57.2011.8.26.0357/50000, da Comarca de Mirante do Paranapanema, em que é embargante ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A, é

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

embargado LOURDES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos infringentes. Por maioria de votos. Declara voto favorável o 3º juiz e voto contrário a 5ª juíza.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16933)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), CERQUEIRA LEITE, TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 23 de maio de 2014.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Embargos Infringentes. Ação de cobrança para ressarcimento de despesas incorridas para custeio de obras de eletrificação rural. Ausência de contrato entre a concessionária de serviço de força e luz e a autora. Pretensão consistente em indenização decorrente do enriquecimento sem causa. Aplicação do prazo prescricional trienal estabelecido do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Precedente do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos. Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de embargos infringentes interpostos de v. acórdão proferido em apelação em ação de cobrança de valores gastos para a implantação de rede de eletrificação rural que, por maioria reformou-a, afastando a prescrição e julgando procedente a demanda contra o voto do eminente revisor que a mantinha por reconhecer ocorrida a prescrição e, consequentemente julgava improcedente a ação.

A apelada vencida, em preliminar, suscita a impossibilidade de reforma com fundamento no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil alegando que, afastada a prescrição deveria o processo ser remetido ao primeiro grau para apreciação das outras questões de mérito e, quanto ao objeto da divergência, invoca, a par dos fundamentos do voto vencido, a aplicação dos artigos 186 e 206, § 3º, IV, § 5º, I c/c o art. 2028 do Código Civil para apontar como termo inicial da prescrição o momento da contratação do financiamento, momento que o consumidor teria sido colocado em desvantagem na relação contratual, a afastar a pretensão de indenização em virtude do enriquecimento sem causa, além do que, no caso em apreço, o contrato de financiamento não previa a devolução

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

da participação. Além disso, ingressa nas outras alegações da defesa de mérito para invocar a legalidade da participação financeira do consumidor no custeio de obras de eletrificação rural antes da Lei nº 10.438/2002, sendo aplicável ao caso a disciplina do Decreto nº 41.019/1957, desenvolvendo larga dissertação a respeito, apontando, inclusive, dissídio jurisprudencial e prequestionando a violação dos dispositivos constitucionais e de normas de direito federal que aponta a fls. 120 para fins de interposição dos recursos extraordinário e especial. Pede o acolhimento dos embargos para ser reformado o acórdão para que prevaleça o entendimento esposado pelo voto divergente do eminente revisor.

A embargada, devidamente intimada, não ofereceu impugnação.

Recurso dispensado de preparo e com processamento determinado pelo eminente relator do acórdão embargado, observados os limites da divergência.

É o relatório.

A preliminar não merece acolhimento, porque não se trata de julgamento com aplicação do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, uma vez que, reconhecida pela sentença apelada a prescrição, o processo foi extinto com julgamento de mérito e a apelação devolve ao Tribunal toda a matéria de mérito, ainda que a sentença tenha examinado apenas uma das alegações de fato impeditivo do direito do autor.

É o que decorre da regra do § 2º do art. 515 do Código de Processo Civil, donde o conhecimento dos embargos infringentes porque preenchidos os requisitos de admissibilidade.

No mérito do recurso, o voto condutor do acórdão embargado afasta a incidência dos dispositivos que a embargante pretende prequestionar para sustentar que a prescrição da ação, que é de índole pessoal, era regida pela regra geral do Código de 1916 (art. 177) e atualmente pelo art. 205 do Código Civil, sendo decenal, observado o disposto na regra de transição do art. 2028 desse Código e invocou em prol desse entendimento julgado do C. Superior Tribunal de Justiça cuja ementa está transcrita às fls. 105.

Já o voto minoritário entendeu que a ação é de indenização em virtude do enriquecimento sem causa, hipótese em que se aplica o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, com prazo prescricional de três anos, invocando, também, em prol de tal conclusão, ementa de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça transcrita às fls. 109.

Acesso ao Sumário

Em tema de recursos repetitivos a matéria objeto de controvérsia foi assim dirimida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no v. acórdão, relatado pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão, proferido no REsp 1249321/RS, em que a Segunda Seção assentou, por unanimidade, que:

"Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1. Nas ações em que se pleiteia o ressarcimento dos valores pagos a título

de participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica, a prescrição deve ser analisada, separadamente, a partir de duas situações: (i) pedido relativo a valores cujo ressarcimento estava previsto em instrumento contratual e que ocorreria após o transcurso de certo prazo a contar do término da obra (pacto geralmente denominado de 'CONVÊNIO DE DEVOLUÇÃO'); (ii) pedido relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual (pactuação prevista em instrumento, em regra, nominado de 'TERMO DE CONTRIBUIÇÃO').

1.2.) No primeiro caso (i), 'prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 5 (cinco) anos, na vigência do Código Civil de 2002, a pretensão de cobrança dos valores aportados para a construção de rede de eletrificação rural, [...] respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002' (REsp 1.063.661/RS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em

24/02/2010);

1.3.) No segundo caso (ii), a pretensão prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 3 (três) anos, na vigência do Código Civil de 2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, inciso IV), observada, igualmente, a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

2. No caso concreto, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no CONVÊNIO DE DEVOLUÇÃO, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2008 (cinco anos, a contar da vigência do novo Código). Por outro lado, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no TERMO DE CONTRIBUIÇÃO, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2006 (três anos, a contar da vigência do novo Código). Tendo o autor ajuizado a ação em 15 de janeiro de 2009, a totalidade de sua pretensão está alcançada pela prescrição." (J. 104.2013, DJe 16.4.2013).

E esse entendimento vem sendo reiteradamente aplicado por ambas as turmas da Segunda Seção como se constata dos vv. Acórdãos proferidos nos EDcl no AResp 451099/RS, 4ª T.m Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.3.2014, DJe 31.3.2014; EDcl no AREsp 257065/RS, 4ª T. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11.3.2014, DJE 18.3.2014; AgReg no AResp 82978/RS, 3ª T., Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 11.3.2014, DJe 17.3.2014 e EDcl no AREsp 298077/RS, 4ª T., Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11.3.2014, DJe 19.3.2014.

No caso dos autos, não há contrato entre a empresa embargante e a embargada, que, na inicial, afirmou ter celebrado contrato de financiamento com a Nossa Caixa para custear as obras necessárias para acessar os serviços de fornecimento de luz e energia elétrica, em 5 de junho de 2001, tornando-se esses fatos incontroversos.

Jurisprudência - Direito Privado

Na ausência do contrato entre a fornecedora e a consumidora, a pretensão é de indenização para evitar o enriquecimento sem causa, como apontado pelo voto vencido com apoio na jurisprudência dominante do C. Superior Tribunal de Justiça.

Aplicada a regra do art. 2028 do Código Civil e tomado como termo inicial da prescrição trienal a data de sua entrada em vigor (11 de janeiro de 2003), é certo que a prescrição trienal se consumou antes da data da distribuição da ação ocorrida em 15 de março de 2011.

Por estes motivos e respeitado o convencimento da douta maioria prolatora do v. acordão embargado, pelo meu voto acolhem-se os embargos infringentes para convalidar a prescrição reconhecida pela r. sentença de primeiro grau e manter o seu dispositivo relativamente às verbas de sucumbência.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 9.730)

O voto do Douto Desembargador relator José Reynaldo, acolhe os embargos infringentes opostos pela embargante para que prevaleça o voto vencido proferido pelo Douto Desembargador Tasso Duarte de Mello no julgamento da apelação nº 0000437-57.2011.8.26.0357.

A limitação da infringência diz respeito ao prazo prescricional para se propor ação de cobrança versando sobre o ressarcimento da verba investida pela embargada na instalação da rede de eletrificação rural e qual o seu termo inicial.

Definidos os dois pontos da divergência, temos que:

a) Quanto ao prazo prescricional para se propor a ação de cobrança, esta 12ª Câmara de Direito Privado, é unânime ao aplicar o já decido pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. **1.249.321/RS, 2ª Seç., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/04/2013**, julgado na forma repetitiva, conforme disposto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, ou seja:

Acesso ao Sumário

a.1) Para o **Convênio de Devolução**, que previa o ressarcimento do valor empregado na obra de eletrificação rural, o prazo prescricional que era de 20 anos (art. 177 do Código Civil de 1916) passou para cinco anos (art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil de 2002), a partir de 11/01/2003.

a.2) Para o **Termo de Contribuição**, que não previa restituição do capital empregado pelo consumidor, definiu-se que o prazo prescricional que era de 20 anos (art. 177 do Código Civil de 1916) passou para três anos (art. 206, § 3º, inc. IV, do Código Civil de 2002), a partir de 11/01/2003, por se tratar de demanda por enriquecimento sem causa.

a.3) Para os casos onde **exista comprovação de que a autora pagou**

pela extensão da rede de eletrificação, mas não haja cópia do contrato nos autos, o prazo prescricional a ser aplicado é de três anos, conforme o art. 206, § 3º, inc. IV, do Código Civil de 2002, pois não seria razoável conceder prazo maior àqueles que instruíram suas ações de forma precária.

Logo, como nos autos existe comprovação de que a autora pagou pela extensão da rede de eletrificação, mas não há cópia do contrato nos autos, o prazo prescricional a regular essa relação é o disposto no artigo 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil de 2002.

Assim, fixado o prazo prescricional, necessário se faz em seguida definir o termo inicial dessa prescrição.

b) Quanto ao termo inicial do prazo prescricional definido, o voto minoritário dispôs que esta "12ª Câmara, por sua vez, tem entendido no sentido de que o termo inicial para o cômputo do referido prazo é a data da INCORPORAÇÃO DA REDE DE ELETRIFICAÇÃO AO PATRIMÔNIO DA CONCESSIONARIO.", no entanto, conclui de forma contraditória, dispondo que "conta-se o prazo trienal do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil vigente A PARTIR DE SUA ENTRADA EM VIGOR (JANEIRO DE 2003)", motivo pelo qual reconheceu a prescrição.

O voto do Douto Relator dos embargos infringentes, José Reynaldo, dispôs que *"não há contrato entre a empresa embargante e a embargada, que, na inicial, afirmou ter celebrado contrato de financiamento com a Nossa Caixa para custear as obras necessárias para acessar os serviços de fornecimento de luz e energia elétrica, em 5 de junho de 2001, tornando-se esses fatos incontroversos."* e concluiu que aplicando-se a regra do artigo 2.028 do Código Civil, o termo inicial da prescrição trienal é o da data de sua entrada em vigor (11 de janeiro de 2003), motivo pelo qual a prescrição já teria se consumado quando da distribuição da ação ocorrida em 15 de março de 2011.

Entendo que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional é da data da incorporação da rede de eletrificação ao patrimônio da concessionária, isso porque, **o artigo 9º, § 13º, da Resolução Aneel nº 229/06**, dispõe que a **concessionária deverá ressarcir** cada proprietário de redes particulares, até 180 dias **após a efetiva incorporação dos bens ao seu patrimônio**. Por essa razão, a prescrição da pretensão exposta na ação de cobrança somente fluiria depois de transcorridos esse prazo.

Ocorre que **os proprietários** de rede de eletrificação **até então particular não têm como saber a data da efetiva incorporação dela ao patrimônio da concessionária**, cabendo a esta (concessionária) comprovar livre de dúvida esse fato, conforme dispõe o artigo 333, inciso II, do CPC. Não sendo ele demonstrado nos autos, presume-se que não se deu a incorporação e que o prazo prescricional não fluiu.

Acesso ao Sumário

Por tais razões, acompanhei o voto do Desembargador Relator da apelação, Jacob Valente, mas com fundamento diverso.

Diante do exposto, rejeito os embargos infringentes, mantendo o voto majoritário.

É como voto.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Desembargadora

DECLARAÇÃO DE VOTO CONCORDANTE

(Voto nº 17935)

Declaro voto, pois, posteriormente ao julgamento da apelação em questão, justificado pela pacificação do tema pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, passei a julgar de acordo com o voto do relator sorteado para os presentes embargos infringentes.

Isso porque a ninguém interessa jurisprudência dispersa, mormente após manifestação dos Tribunais Superiores uniformizando entendimento sobre a matéria.

Confira-se no seguinte precedente de minha relatoria, julgado recentemente em 12.02.2014, já com o novo entendimento:

> *"PRESCRIÇÃO - Implantação de rede de eletrificação rural - Programa 'Luz da Terra' - Sentença que entendeu pela prescrição da ação com base no art. 206, §3º, IV, com a regra de transição do art. 2.028, ambos do CC - Matéria consolidada pela jurisprudência no julgamento de recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, representativo de recursos repetitivos com base no artigo 543-C do CPC (REsp. 1.249.321/RS) - Situação dos autos, onde não houve contratação expressa de restituição dos valores despendidos, que enquadra a conduta do autor em demanda fundada no enriquecimento sem causa - Termo inicial da contagem da prescrição estabelecido pela sentença que não pode ser objeto de reexame, posto não ter sito impugnado pelo recurso interposto - Hipótese de manutenção íntegra da sentença apelada - Recurso desprovido."* (Apelação Cível nº 0005282-35.2010.8.26.0627, 12ª Câmara de Direito Privado, Relator(a): Jacob Valente, julg. em 12/02/2014).

Por isso é que, a despeito de ter sido o relator do acórdão embargado, acompanho o relator sorteado para estes Embargos Infringentes, pelo **acolhimento** do recurso.

Declaração de redigida em 26 de maio de 2014.

JACOB VALENTE, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0100195-13.2011.8.26.0000/50003, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado VIVO S/A.

ACORDAM, em 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, rejeitaram os embargos infringentes, vencidos o 4º e o 8º Desembargadores, que os acolhiam.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 14663)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), ERSON DE OLIVEIRA, SALLES VIEIRA, SÉRGIO SHIMURA, PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, CESAR MECCHI MORALES, SÉRGIO RUI, WALTER CESAR EXNER e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 28 de maio de 2014.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO - Ação civil pública julgada improcedente em 1º grau, parcialmente reformada por v. acórdão que acolheu em parte recurso de apelação para impor obrigação onerosa à empresa de telefonia que resultaria em desequilíbrio desfavorável entre ela e as demais empresas que atuam no mesmo setor - Violação de princípio constitucional da livre iniciativa, previsto no artigo 170 da Constituição Federal - Inaplicabilidade da Súmula nº 343 do C. Supremo Tribunal Federal - Entendimento pacificado no C. Superior Tribunal de Justiça - Ação rescisória julgada procedente, rescindindo o v. acórdão e restabelecendo a sentença de improcedência original da ação civil pública - Adotado posicionamento da maioria.

Embargos Infringentes rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 675/689) contra o v. acórdão de fls. 633/658, que deu provimento parcial à ação rescisória movida pela VIVO S/A, por maioria, rescindindo v. acórdão proferido por esta 23ª Câmara de Direito Privado, que tinha dado provimento parcial à apelação interposta pelo ora embargante e reformado a r. sentença de improcedência da ação civil pública, julgando parcialmente procedente a ação e impondo obrigações à empresa de telefonia.

O embargante fundamenta seu recurso nos votos vencidos dos Exmos. Des. Sérgio Shimura e Walter Cesar Exner, que mantinham o v. acórdão, entendendo que a ação rescisória deveria ser julgada improcedente, sob pena de ser admitida como um simples recurso. Diz ser incabível a rescisória nos termos da Súmula nº 343 do C. Supremo Tribunal Federal ao presente caso, não se falando em ofensa a literal disposição de lei, uma vez que a Lei nº 8.987/95 não esclareceu a forma do aviso prévio a ser encaminhado pela empresa de telefonia ao consumidor inadimplente, sendo questão de interpretação. Entende ausentes os requisitos do artigo 485, V, do Código de Processo Civil. Postula o provimento dos embargos infringentes, com a improcedência da ação rescisória nos termos do entendimento minoritário.

Contrarrazões às fls. 692/716, com preliminar de não conhecimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, pugna a embargada o não conhecimento do recurso, em aplicação analógica da Súmula nº 283 do C. Supremo Tribunal Federal, alegando ausente impugnação do voto vencedor, não tendo atacado um dos 3 (três) fundamentos que alicerçam a procedência da ação rescisória, qual seja, a menção à violação ao artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, sem razão a embargada nesse ponto.

Acesso ao Sumário

Apesar de a embargante ter feito menção, na sua maior parte, à fundamentação exposta no voto convergente do E. Des. J. B. Franco de Godoi, consta às fls. 679 a transcrição do seguinte trecho: "*Tal interpretação permite a compatibilização do princípio liberal da livre concorrência com as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, não havendo que se falar em desrespeito aos limites impostos pela legislação ordinária*".

Deste modo, salientando que a questão abordada pelo E. Des. Relator em seu voto analisa a existência de violação a princípio previsto na própria Constituição Federal, tendo este feito referência a artigo do Código de Defesa do Consumidor, elaborado no mesmo sentido do princípio constitucional, a observação feita no citado voto convergente abrange toda a matéria, razão pela

qual a alegação da embargada não deve ser acolhida.

O recurso não merece provimento.

A divergência cinge-se quanto à violação ou não pelo v. acórdão rescindendo ao princípio constitucional da livre concorrência, contrariando o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, bem como o princípio da isonomia.

A ação civil pública foi julgada inicialmente improcedente. Em grau de recurso foi dado provimento parcial à apelação do ora embargante, para julgar parcialmente procedente a ação, determinando à empresa que notifique, via postal, os usuários inadimplentes, antes de proceder ao desligamento total ou parcial da linha e, ainda, abstenha-se de efetuar o desligamento da linha antes de decorrido o prazo de 10 dias, sob pena de multa.

Contra este v. acórdão foi proposta ação rescisória pela empresa de telefonia, julgada procedente pela maioria, para restabelecer a r. sentença de improcedência originalmente proferida em 1º grau.

No caso em questão, em que pese o entendimento dos Exmos. Des. Sérgio Shimura e Walter Cesar Exner, entendo deva prevalecer o voto da maioria julgadora.

Como bem observado pelo Exmo. Des. Relator Salles Vieira, o v. acórdão em exame impôs obrigação excessivamente onerosa exclusivamente à ora embargada, implicando em violação ao princípio constitucional da livre concorrência e ao princípio da isonomia, uma vez que a coloca em posição de desigualdade frente às outras empresas que atuam e concorrem com ela no mesmo setor (fls. 633/643).

O voto ainda destacou o posicionamento já pacificado de que a Súmula nº 343 do STF não se aplica quando envolvida matéria constitucional, citando julgado da Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, posicionamento também declarado pelo Exmo. Des. J. B. Franco de Godoi, às fls. 657/658.

Além disso, na declaração de voto convergente do Exmo. Des. Cesar Mecchi Morales, foi analisada a questão referente à inexistência da suposta lacuna normativa que autorizaria interpretações do Judiciário sobre a forma de envio das notificações da empresa de telefonia aos consumidores inadimplentes (fls. 648/656).

Conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça transcrito no voto, as empresas que atuam em setor regulado estão obrigadas a cumprir o disposto nos atos das Agências Reguladoras, como ocorre no caso da telefonia. Ainda, sequer existiria a suposta lacuna legislativa, tendo em vista o disposto na Resolução nº 477/07 da Anatel, ao disciplinar a forma de comunicação mediante mensagem de texto eletrônica em seu artigo 15, fazendo-se menção a outros

Acesso ao Sumário

artigos da mesma Resolução.

Por sua vez, o Exmo. Des. Sérgio Shimura, em seu voto vencido (fls. 644/647), julgava improcedente a ação rescisória, entendendo ser a mesma descabida por haver o mencionado vácuo legislativo sobre o tema discutido, inaplicável, portanto, a ação rescisória com base no artigo 485, V, do Código de Processo Civil, pois não haveria disposição legal a ser violada no caso.

Assim, a divergência manifestada pelo entendimento minoritário diz respeito à existência de dubiedade quanto à forma de comunicação ao consumidor, reputando aplicável ao caso a Súmula nº 343 do STF, considerando que inexiste violação a texto legal, mas sim mera interpretação menos favorável ao réu.

Entretanto, respeitado o entendimento contrário, voto pela manutenção da procedência parcial da ação rescisória, nos termos do entendimento exposto pela maioria julgadora.

Considerados todos os argumentos expostos, mais correto o posicionamento acolhendo o que foi decidido pela Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça, decidindo ser inaplicável a referida Súmula nº 343 do STF, por se tratar de matéria constitucional, com a evidente imposição de obrigação onerosa à embargada de obrigação que provocaria o desequilíbrio face à concorrência que atua no mesmo setor.

Como esclarecem Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa na nota 22a ao artigo 485, do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª Edição, pág. 638:

> *“**A Súmula 343 do STF também não obsta ação rescisória fundada em violação à Constituição**: ‘Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo STF’ (STF-Pleno, RE 328.812-EDcl., Min. Gilmar Mendes, j. 6.3.08, DJU 2.5.08).”*

Deste modo, considerando o entendimento pacificado que a Súmula nº 343 do C. Supremo Tribunal Federal não se aplica às hipóteses em que se discute matéria constitucional, como no caso dos autos, em que restou plenamente caracterizado que a obrigação imposta no v. acórdão rescindendo violaria o princípio constitucional da livre iniciativa, da mesma forma que o princípio da isonomia, deve prevalecer o posicionamento majoritário de procedência parcial da ação rescisória, com o restabelecimento da r. sentença de improcedência da ação civil pública não por ofensa de lei, mas sim por ofensa à literal disposição constitucional.

Do exposto, em que pese a posição adotada pela minoria julgadora, nego provimento ao recurso para rejeitar os embargos infringentes, mantida a

Acesso ao Sumário

procedência parcial da ação rescisória movida pela embargada, nos termos do voto vencedor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0206176-27.2008.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MEDIAL SAÚDE S/A, são embargados HERMAN LEON SZYFER (ESPÓLIO), MIRLA GOSZTEJN SZYFER (HERDEIRO), ANDREA SZYFER ROLIM (HERDEIRO) e FABIO SZYFER (HERDEIRO).

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos infringentes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17612)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente sem voto), JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, FABIO TABOSA, ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Embargos Infringentes - Indenização por dano moral - Negativa de custeio de medicamentos para tratamento quimioterápico - Ilícito suscetível de reparação em vista da omissão - Desnecessária a prova inconteste da angústia ou humilhação sofridas pelo ofendido (dano "*in re ipsa*") - Lesão extrapatrimonial que é inerente à conduta antijurídica praticada pela embargante - Tratamento da moléstia que acomete o embargado que possui cobertura contratual, restando descabida a alegação de que era lícita sua exclusão em razão do caráter experimental dos medicamentos - Utilização dos medicamentos foi do próprio médico que acompanhou o embargado, detentor da tecnicidade para prescrever o tratamento adequado - Negativa do custeio do tratamento com a utilização das drogas prescritas que implicaria a negativa da cobertura da própria doença - Contrato de adesão - Análise das cláusulas deve se nortear pelas garantias

constitucionais e pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito - Decisão que não atribuiu à apelante a obrigação de suprir a omissão do Estado no setor saúde, mas apenas reconheceu seu dever de garantir ao segurado o direito à saúde e de ser tratado - Redução do "*quantum*" indenizatório - Pedido alternativo que não pode ser conhecido, tendo em vista que a divergência se limitou quanto ao cabimento ou não dos danos morais, não havendo discussão acerca da verba indenizatória fixada no julgado - Embargos infringentes rejeitados na parte conhecida.

VOTO

Cuida-se de embargos infringentes que objetivam a preponderância do respeitável voto minoritário do Desembargador Giffoni Ferreira.

Esta colenda Câmara, por maioria de votos, entendeu por bem acolher, em parte, o recurso do autor, ora embargado, para reconhecer a ocorrência de dano moral, que decorreu da negativa de cobertura ao custeio de medicamento, sob o argumento de que utilizados em caráter experimental.

Sustenta a embargante que, com razão, o r. pronunciamento minoritário decidiu pela manutenção da sentença no tocante ao afastamento de indenização por danos morais. Alega, em síntese, que descabida a condenação, na medida em que ausente pressuposto contratual de cobertura para tratamentos não reconhecidos pelas autoridades competentes, não se tratando de recusa arbitrária, mas em ato legítimo em perfeita consonância com a lei e fundada em clara estipulação contratual. Afirma que também ausente pressuposto legal para tratamento e medicação experimental e que a recusa se fundou em estipulação contratual, não se revestindo a conduta da embargante de abusividade ou ilegalidade. Aduz que a condenação implica violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, bem como fere o princípio "*pacta sunt servanda*". Sustenta que a exclusão do custeio se mostra em conformidade com a proteção do consumidor e que a cláusula limitativa de direitos que exclui os tratamentos não reconhecidos pelas autoridades competentes foi redigida de forma clara e com destaque. Entende que a proteção universal de saúde é dever do estado e não da operadora, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, anotando que os serviços prestados pela seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde da rede particular, são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência, restando válidas

Acesso ao Sumário

as limitações impostas nos contratos. Em relação à indenização pelos danos morais, entende a embargante que ainda que se entenda que sua conduta tenha caracterizado descumprimento contratual, tal fato implica mero aborrecimento incapaz de configurar dano moral. Alternativamente, pretende a redução do "*quantum*" indenizatório, por entender que arbitrado em flagrante excesso, não estando atrelado ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade (fls. 249/271).

O embargado apresentou contrarrazões a fls. 277/291.

Embargos recebidos e processados (fl. 293).

É o relatório

1 - Não se acolhem os embargos infringentes.

Pese embora o inconformismo da embargante, descabida a alegação de que não restou comprovado nos autos o sofrimento do embargado.

A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, de modo que a questão se reduz, no fundo, em simples prova do fato lesivo. Em tais hipóteses, não se cogita prova de dor, de angústia ou de humilhação sofridos pelo ofendido, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social.

É o caso dos autos.

Reconhecida a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, bem como incontroversa a ocorrência da negativa de cobertura para o custeio de tratamento quimioterápico, restou configurado ato ilícito suscetível de ressarcimento em vista da omissão desta, sem que se faça necessário prova inconteste da angústia ou humilhação sofridas pelo ofendido.

De rigor, pois, o dever de reparar os danos morais causados ao embargado, que se operam "*in re ipsa*", conforme o entendimento manifestado pelo eminente Relator do acórdão ora embargado.

Com efeito, em hipótese como a dos autos, desnecessária a demonstração da efetiva ocorrência da lesão extrapatrimonial sofrida pelo embargado, que, por ser inerente à conduta antijurídica praticada pela embargante, decorre do próprio fato já suficientemente demonstrado. Nesse sentido o entendimento da melhor doutrina:

"Por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível exigir que a vitima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. (...)

Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa,* ipso facto *está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção* hominis *ou* facti *que decorre das regras de experiência comum”* (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed, Atlas, São Paulo: 2000, pág. 79/80).

Por outro lado, não havendo controvérsia quanto ao fato de possuir cobertura contratual o tratamento para a moléstia que acometeu o embargado, restava descabida a alegação de que era lícita a exclusão do tratamento pleiteado em vista do caráter experimental dos medicamentos.

De fato, diante da moléstia que acometeu o embargado, inadmissível a infundada discussão sobre ser ou não experimental o tratamento através dos medicamentos prescritos com “gencitabina” associada à “oxiplatina” para o quadro por ele apresentado, sendo certo que o contrato de plano de saúde firmado entre as partes previa expressamente cobertura para o tratamento da doença.

Ademais, a recomendação da utilização de medicamentos contendo as referidas substâncias foi do próprio médico que o acompanhou, sendo certo que era ele quem detinha a tecnicidade para prescrever o tratamento adequado, não competindo à embargante questionar tal decisão sob o argumento de que se trata de procedimento experimental.

Não se pode questionar a decisão de um profissional da saúde sem qualquer embasamento técnico, nem há como negar o dever de custeio do tratamento com a utilização das drogas prescritas, ainda mais por se tratar do mais adequado a emprestar eficácia terapêutica ao tratamento, pois caso contrário, estar-se-ia negando cobertura ao tratamento da própria doença.

Outrossim, dada a natureza de contrato de adesão do plano de saúde contratado, a interpretação de eventuais cláusulas limitativas deve se dar de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do artigo 47 do código consumerista, perfeitamente aplicável na relação estabelecida entre as partes conforme já reconhecido, porquanto a embargante é prestadora de serviços dos quais é destinatário final o embargado.

Esse o entendimento da colenda 3ª Câmara de Direito Privado deste egrégio Tribunal de Justiça, conforme trecho extraído voto de relatoria do eminente desembargador Adilson de Andrade:

“Reconhece-se a figura do contrato de adesão a plano de saúde, o qual, embora firmado anteriormente à lei regulamentadora da matéria (Lei 9.656/98) não expressa a vontade do consumidor, sequer consultada, e que já se encontrava sob a proteção do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, o art. 12, II, d, da Lei 9.656/98, apenas consolidou o que a jurisprudência vem

Acesso ao Sumário

entendendo como pacífico, com amparo no artigo 51, do CDC. A propósito do tema, leciona o eminente Magistrado e Doutor em Direito Civil, Rômolo Russo Júnior, que embora o 'JUIZ não intervenha na vontade criadora do negócio jurídico, tem o poder de integrar esse negócio, conferindo à cláusula discutida o conteúdo vivo e concreto presente em sua inicial abstração, decorrência normativa do novo sistema civil que impõe uma conexão interna de todos os institutos jurídicos' (Função do Direito Privado no atual momento histórico, ed. Revista dos Tribunais, vol I, p. 145, coordenação da Professora Rosa Maria de Andrade Nery). Em outras palavras, ao juiz caberá, como função precípua, cercado de prudência e moderação, apontar aquilo que é justo no caso concreto, voltado para a responsabilidade social que emerge do contrato. Importante ainda frisar, que o brocardo pacta sunt servanda*, não ocupa a posição ortodoxa de outrora, como bem anota o mesmo autor na obra acima citada. Assim sendo, arremata o eminente civilista 'a interpretação judicial deve ser reconhecida no sentido de que o contrato não pode representar um instrumento de opressão, mas sim de liberdade tendo por bússola a função social do negócio jurídico e o princípio da dignidade da pessoa humana' (Op. cit, p. 147)"* (Apelação Cível nº. 401.426-4/2-00 São Paulo, j. 17.02.2009).

Também não vinga a tese de que a procedência da presente ação implicaria a assunção irrestrita do dever estatal pelo plano de saúde.

Frise-se que a análise das cláusulas constantes do contrato deve se nortear pelas garantias constitucionais e pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, em especial o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à cidadania.

Diante da situação da previsão de regime de cobertura e da configuração de situação de extrema gravidade da moléstia que acometia o embargado, cabível a análise do pactuado à luz da função social do contrato, de modo a excluir as cláusulas excessivamente violadoras da respectiva finalidade. Nesses termos o comando do artigo 196 da Constituição Federal:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Não se pretende aqui atribuir à apelante a obrigação de suprir a omissão do Estado no setor saúde. Mas, enquanto prestadora de serviços de saúde, tem ela o dever de preservar a essência primeira do ser humano, qual seja, a vida, garantindo ao segurado o direito à saúde e de ser tratado.

Por fim, nem se alegue que descabida a indenização a título de danos morais por se tratar de direito personalíssimo do autor Herman Leon Szyfer, aqui representado por seu espólio, tendo em vista que seu falecimento não faz

extinguir esse direito, que pode ser transmitido aos herdeiros.

Nesse sentido o entendimento sedimentado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. FALECIMENTO DO TITULAR. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA N.º 168/STJ. A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam *para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Incidência da Súmula n.º 168/STJ. Agravo regimental desprovido."* (AgRg nos EREsp nº. 978.651-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 15.12.2010).

2 - Resta prejudicado o pedido alternativo referente à redução do "*quantum*" indenizatório fixado no acórdão.

Em que pesem os argumentos da embargante, somente se admite o cabimento de embargos infringentes quando acórdão não unânime reformar, total ou parcialmente, a sentença de mérito, conforme se depreende do disposto no artigo 530 do Código de Processo Civil.

E, no caso em exame, o teor do acórdão implicou a reforma da r. sentença quanto ao reconhecimento do dano moral, limitando neste ponto a discussão dos embargos infringentes.

No caso concreto, verifica-se que a sentença concluiu pela perda do objeto da ação quanto ao pedido de fornecimento de medicação apontada na inicial e custeio de demais despesas do tratamento em razão do falecimento do autor. Em relação à pretensão indenizatória, julgou improcedente o pedido por entender que não configurados os alegados danos morais.

Tal decisão foi reformada pela maioria da Turma Julgadora, que reconheceu devida a verba indenizatória a título de danos morais, enquanto o eminente terceiro Juiz entendeu pela manutenção da r. sentença que determinou sua exclusão.

Logo, havendo divergência somente quanto ao cabimento ou não dos danos morais, sem que houvesse discussão acerca do "*quantum*" fixado no julgado, não pode ser conhecido o pedido de redução da verba indenizatória.

3 - Ante o exposto, rejeitam-se os embargos infringentes na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2043550-26.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ROBERTO BRITO DE LIMA, é impetrado COLENDA 29ª CAMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em 15º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial e julgaram extinto o processo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.385)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores S. OSCAR FELTRIN (Presidente), FRANCISCO THOMAZ, ORLANDO PISTORESI, LINO MACHADO, FERRAZ FELISARDO, CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 28 de maio de 2014.

S. OSCAR FELTRIN, Presidente e Relator

Ementa: Contra acórdão de Câmara de Tribunal, cabem recurso especial ou recurso extraordinário (Constituição Federal, artigos 102, III e 105, III do Código de Processo Civil, artigos 496, VI e VII e 541). Logo e como a impetração foi dirigida contra acórdão da 29ª Câmara desta Corte, ao impetrante que alega sua injustiça, incumbe interpor o recurso previsto e adequado, que não se substitui por mandado de segurança (Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal - "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"). Tem-se entendido, é verdade, cabível a impetração em casos especialíssimos e excepcionais quando se volta contra decisão teratológica, de flagrante ilegalidade, a subsistir dano de difícil ou nenhuma reparação, não sendo este o caso destes autos.

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

VOTO

Roberto Brito de Lima, autor da ação de execução de honorários envolvendo prestação de serviços advocatícios, impetra mandado de segurança contra decisão da 29ª Câmara desta Corte que, mantendo o indeferimento anterior em decisão monocrática do eminente Des. Francisco Thomaz, negou seu pedido de justiça gratuita em que insiste.

Reafirma que embora seja profissional liberal, dependente exclusivamente de seu trabalho, vem passando por dificuldades financeiras, negando, como assegura o relator do aresto, reunir condições de pagar às custas processuais. Invocando o artigo 4º da Lei nº 1060/50 e julgados precedentes, lembra que a ser mantido o indeferimento da gratuidade estará sendo negado o acesso à justiça, garantido constitucionalmente. Pede, a final, a concessão da segurança para "assegurar ao impetrante o direito de prosseguir com o processo de execução a fim de que seja citado o executado e consequentemente deferido a justiça gratuita". E não sendo este o entendimento pede o diferimento do pagamento das custas processuais.

É o relatório.

Embora aluda, inicialmente, à decisão do d. relator, a impetração dirige-se contra o julgamento, pela 29ª Câmara deste Tribunal, que ao apreciar o agravo regimental interposto contra decisão anterior do relator, negou provimento ao agravo.

Observo, antes de mais nada, que contra acórdão de câmara de Tribunal, como o referido pelo impetrante, cabem recurso especial ou recurso extraordinário (Constituição Federal, artigos 102, III, e 105, III; Código de Processo Civil, artigos 496, VI e VII, e 541).

Logo, como no caso presente, em que a impetração foi dirigida contra acórdão da 29ª Câmara desta Corte, ao impetrante que alega sua injustiça, incumbe interpor o recurso previsto e adequado, que não se substitui por mandado de segurança (Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal - "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição").

Acesso ao Sumário

Tem se entendido, é bem verdade, cabível a impetração em casos especialíssimos e excepcionais quando se volta contra decisão teratológica, de flagrante ilegalidade, a subsistir dano de difícil ou nenhuma reparação.

E não é este o caso dos autos.

O acórdão, ao negar provimento ao agravo regimental, analisou segundo sua livre convicção o pleito do impetrante e confirmou, com suas palavras, que "conforme se pode verificar da cópia da declaração de rendimentos do agravante, assumiu financiamento imobiliário de valor elevado, o que revela capacidade econômica para saldar as parcelas, além de haver rendimentos de caderneta de poupança e rendimento mensal, ainda que parcos". Somando-se

todos esses elementos, verifica-se que não se pode enquadrar o recorrente na condição de necessitado, juridicamente falando.

Analisado o mérito e sem qualquer dissidência da d. Câmara, não se enxerga no julgamento questionado qualquer ilegalidade, abuso de poder ou teratologia hábil a ferir direito líquido e certo do impetrante.

Isto posto e estando ausente o próprio interesse de agir, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2067501-83.2013.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é impetrante VALE DO TAMBAÚ INDÚSTRIA DE PAPEL LTDA., é impetrado EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DA 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em 15º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.255)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores S. OSCAR FELTRIN (Presidente), ANDRADE NETO, SILVIA ROCHA, PEREIRA CALÇAS, FRANCISCO THOMAZ e ORLANDO PISTORESI.

São Paulo, 28 de maio de 2014.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Mandado de segurança - V. Acórdão proferido pela 29ª Câmara de Direito Privado - Arguição de que o julgado é teratológico e causará lesão grave e de difícil reparação - Inconsistência jurídica - Decisão contra a qual é cabível recurso próprio - Pretensão de discussão pela via do *mandamus* - Impossibilidade - Ausência de direito líquido e certo a ser assegurado. Segurança não conhecida.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por "Vale do Tambaú Indústria de Papel Ltda." em face de V. Acórdão proferido pela Colenda 29ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, nos autos do agravo de

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Privado

instrumento nº 2009497-53.2013.8.26.0000, interposto por "Camilo Ferrari S/A - Indústria e Comércio" em face da ora impetrante "Vale do Tambaú Indústria de Papel Ltda.".

Pretende a concessão de liminar para cessar os efeitos do *decisum* que deferiu os aluguéis provisórios em 80% de R$ 35.000,00, conforme avaliação de menor valor do imóvel locado.

Recebido o recurso, foi indeferida a liminar.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 165.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 199.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre anotar que a decisão proferida pela Colenda 29ª Câmara de Direito Privado não é teratológica ou passível de causar lesão grave e de difícil reparação, mormente porque devidamente justificada e fundamentada pela turma julgadora.

Outrossim, contra o V. Acórdão que reformou a decisão agravada para fixar o aluguel provisório em 80% da menor avaliação, é cabível o recurso próprio.

Assim, resta descabida a impetração de mandado de segurança sob pretexto de que o V. Acórdão foi proferido sem observância ao artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, e artigo 1º da Lei nº 12.016/09, uma vez que, para a discussão da matéria, existe via recursal própria.

A ação mandamental é utilizada para substituir remédio ordinário, não se vislumbrando excepcionalidade a justificar o acolhimento das pretensões deduzidas pela impetrante.

Na esteira do que preconiza a Súmula nº 267, do STF: ***"Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".***

O mandado de segurança se consubstancia em garantia constitucional para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, contra ilegalidade ou abuso de poder, seja qual for a autoridade, não sendo procedimento adequado para a tutela do interesse exposto pelo impetrante.

Ademais, nos estreitos limites do mandado de segurança não se admite dilação probatória. A solução, nessa modalidade de ação, leva em conta unicamente o direito, os fatos comprovados com a inicial e as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, que, no caso, não demonstraram eficazmente ofensa a direito líquido e certo.

Acesso ao Sumário

Neste sentido:

"Não se pode dar ao mandado de segurança feição de recurso ordinário, o que não é de sua natureza, nem usá-lo para remediar alegados erros de julgamento." **(2º TACivSP MS 569.420 1ª Câm. Rel. Juiz Renato Sartorelli**

j. 8.3.99)

Ante o exposto, não conheço da ação mandamental.

Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2000801-28.2013.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é autor SABINO CLEBER PERES, é réu MARCO ANTONIO PEREZ ALVES.

ACORDAM, em 15º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinta a ação, sem resolução do mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.095)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores S. OSCAR FELTRIN (Presidente), FRANCISCO THOMAZ, ORLANDO PISTORESI, LINO MACHADO, FERRAZ FELISARDO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 28 de maio de 2014.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Ação rescisória. Legislação superveniente, em tese, mais benéfica para o autor, que não caracteriza "documento novo" e tampouco autoriza a conclusão de que se teria verificado "erro de fato" na aplicação do direito à espécie. "Violação a literal disposição de lei". Inocorrência. Lei que sequer estava em vigor no momento do julgamento da causa, não se podendo falar em contrariedade. Carência de ação reconhecida, por falta de interesse processual. Inadequação da via processual eleita pelo autor. Ação extinta, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI).

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação com pedido de rescisão de acórdão proferido por esta 29ª Câmara de Direito Privado que **SABINO CLEBER PERES** move contra **MARCO ANTONIO PEREZ ALVES**. O acordão em questão, de relatoria

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

do eminente Des. FRANCISCO THOMAZ, reproduzido às fls. 41/45, negou provimento ao apelo interposto pelo autor - então réu da ação de nunciação de obra nova -, mantendo a sentença de primeira instância que determinou a demolição dos cinco imóveis construídos por ele em um terreno de sua propriedade, localizado no município de Atibaia. Por votação unânime, a turma julgadora entendeu que o alvará de construção expedido pela prefeitura era nulo, pois contrário à legislação urbanística então em vigor, a qual previa que apenas um único imóvel por terreno poderia ser erguido no "Jardim Paulistano", loteamento onde se situam as construções.

Inicialmente, o autor justifica o cabimento da presente rescisória em suposta "violação a literal disposição de lei", na ocorrência de "erro de fato" e na obtenção de "documento novo" (CPC, art. 485, V, IX e VII), apontando que a legislação que rege a matéria sofreu substancial alteração após o julgamento do caso, devendo, portanto, ser levada em conta, e que, ao contrário do que foi consignado no aresto, o alvará de construção não foi expedido com base na Lei Complementar Municipal nº 617/10, e sim na LC nº 580/08. No mérito, sustenta que a LC nº 617/10 - reeditada posteriormente na forma da LC nº 654/12 -, suprimiu as restrições urbanísticas que recaíam sobre o loteamento onde se situa o seu terreno, o que, na prática, significa que, logo após a derrubada, todos os cinco imóveis poderão ser reerguidos exatamente do modo como se encontram hoje, situação que não se afigura razoável. Argumenta que as restrições urbanísticas impostas pelo loteador não prevalecem em face de legislação municipal mais permissiva e que o julgado viola direito adquirido, ato jurídico perfeito, além de negar vigência à LC nº 580/08. Por todo o exposto, requer a suspensão liminar da ordem de demolição, e, ao fim, o provimento da ação, proclamando-se a regularidade do alvará e evitando-se a derrubada.

Às fls. 54/55, deferi o pedido de suspensão da ordem de demolição dos imóveis até o julgamento final da ação, mantendo, contudo, o embargo da obra, que não acarretaria quaisquer prejuízos às partes.

Citado, o réu contestou às fls. 85/109, alegando, inicialmente, que o fato de a LC nº 654/12 - em tese menos restritiva -, haver sido editada após o julgamento da ação não caracteriza violação a literal disposição de lei, erro de fato ou documento novo para fins de enquadramento nas hipóteses do art. 485 do CPC, vez que o acórdão foi proferido de acordo com a LC nº 580/08, então em vigor, respeitado o primado *tempus regit actum*. Aponta, ainda, a inépcia da inicial, por ausência de razões jurídicas que embasem o pedido de reforma. No mérito, sustenta que as restrições urbanísticas mais restritivas, de cunho real e geral, são impostas em benefício da comunidade, devendo, portanto, prevalecer sobre legislação municipal mais permissiva, como é o caso da Lei nº 617/10, posteriormente editada na forma da LC nº 654/12. Requer, assim, a improcedência do pleito rescisório.

Acesso ao Sumário

Designada audiência de conciliação para o dia 05/12/2013, às 11 horas, as partes, devidamente intimadas, compareceram. No entanto, a tentativa de composição restou infrutífera (fl. 170).

Relatados.

2. Dos três fundamentos apontados pelo autor para justificar o cabimento da presente rescisória, nenhum prospera.

Em relação à hipótese do inciso VII do art. 485 do CPC, "documento novo", lei não é documento. Lei é ato normativo de caráter geral e abstrato, fruto do devido processo legislativo, que inova a ordem jurídica em nível primário, regulando as relações sociais. Documento, por sua vez, é todo substrato, instrumento ou papel, público ou privado, que apresente relevância jurídica, servindo como prova. Não se confundem, portanto, os conceitos.

Não bastasse isso, a LC nº 654/12 não se enquadraria no conceito legal de "novo". Ao contrário do que aparenta, o adjetivo, da forma como foi empregado na lei, não diz respeito a documento superveniente. Segundo esclarece ALEXANDRE FREITAS CÂMARA: "***documento novo, registre-se, não é documento superveniente. Pelo contrário, o documento novo a que se refere o dispositivo legal é, necessária e inevitavelmente, um documento velho. Facilmente se conclui assim quando se verifica que a fala a lei de um 'documento novo' cuja existência se ignorava. Ora, só se pode ignorar a existência - passe o truísmo - do que existe. Assim, só se pode admitir a apresentação de documento novo quando este já existia e, portanto, não é tão novo assim. A novidade do documento diz respeito ao processo, já que é inédito, não tendo sido produzido no processo original, onde se proferiu a sentença rescindenda***" (Ação rescisória, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 95).

No mais, o próprio inciso VII, em sua parte final, qualifica ***"documento novo" como aquele "cuja existência [o autor] ignorava, ou de que não pôde fazer uso"***, o que, evidentemente, não se aplica à lei, que, a partir da sua entrada em vigor, é de observância obrigatória em todo território nacional (LINDB, art. 6º), devendo o juiz aplicá-la de ofício ("*jura novit cúria*"; CPC, art. 126).

Também não se pode falar em "erro de fato", hipótese do inciso IX do art. 485 do CPC, uma vez que, para a sua caracterização, exige o § 2º do dispositivo ***"que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato"***, o que, no caso, de fato, ocorreu, tendo em vista a discussão no julgado acerca da legislação municipal aplicável na espécie (fls. 41/45).

Por fim, considerando-se que a LC nº 654/12, supostamente violada, sequer existia à época da prolação do aresto, parece evidente que não tenha sido violada - hipótese do inciso IV do art. 485 do CPC, "violação a literal disposição de lei".

Jurisprudência - Direito Privado

Tratando de hipótese análoga àquela aqui tratada, o Superior Tribunal de Justiça consignou que ***"não pode se ter como violada uma lei quando essa norma não vigia ao ser proferida a sentença. Viola-se uma lei quando ela é contrariada, quando se deixa de aplicá-la, contudo não há como aplicar ao caso uma norma que ainda não existia."*** (REsp nº 707.158-SP, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, rel. p/ Acórdão Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJe de 21/09/2009).

Bem por isso, será inadmitida a presente rescisória, reconhecida a carência da ação, por falta de interesse processual na modalidade "adequação" (CPC, art. 267, VI). Com isso, revogo a ordem de suspensão de demolição dos imóveis anteriormente concedida (fls. 54/55).

Sucumbente, arcará o autor com as custas, despesas processuais e honorários que arbitro em favor dos patronos do réu em R$ 2.000,00, a teor do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

3. Isto posto, pelo meu voto, julgo extinta a ação, sem resolução do mérito, nos termos acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0074979-79.2013.8.26.0000, da Comarca, de São Paulo, em que é autor PANAMERICANO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA., é réu ANADEC - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR.

ACORDAM, em 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA. V.U. DECLARAM VOTO OS EXMOS. DES. SÉRGIO RUI, CAMPOS MELLO, MATHEUS FONTES e VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JUNIOR.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 19318)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI, CAMPOS MELLO, MATHEUS FONTES, FERNANDES LOBO, VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JUNIOR e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 7 de abril de 2014.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: RESCISÓRIA - Erro de fato - Não se pode dizer tenha havido erro de fato a justificar a ação rescisória, pois o erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela, ou pelo fato de seguir corrente de entendimento que não o majoritário da Corte Superior. Isso não dá margem para ação rescisória - Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de ação rescisória interposta com base nos artigos 485, V e 488, I, do CPC, para desconstituir o v. acórdão que proveu em parte o recurso de apelação para adequar a taxa de administração cobrada pela apelada autora aos patamares médios fixados pelo BACEN.

Em síntese, alega a requerente que o acórdão do TJSP que determina a aplicação de taxa média divulgada pelo Banco Central, portanto, é fundado em erro na medida em que admite um fato inexistente, qual seja, a divulgação de suposta taxa média pelo Banco Central, nos termos do artigo 485, IX, do CPC. Conforme entendimento da doutrina, o erro de fato ocorre quando existe elemento capaz, por si só, de modificar o resultado do julgamento, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento. Nesse contexto, a inexistência de taxa média divulgada pelo Banco Central, fato que não foi considerado pela Turma Julgadora, é elemento suficiente para modificar o acórdão do TJSP.

Além disso, a existência ou aplicação de suposta taxa média divulgada pelo Banco Central também não foi objeto de anterior pronunciamento judicial, servindo unicamente como fundamento do acórdão prolatado. Portanto, requer seja rescindido, vez que foi fundado em erro de fato sobre o qual jamais houve controvérsia, defesa ou anterior pronunciamento judicial.

Citada, a ré a presentou contestação, alegando que o v. acórdão é *extra petita*, reconhecendo juridicamente o pedido. Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Há manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça pugnando pela improcedência da ação rescisória.

É o relatório.

Fica deferido o benefício da assistência judiciária gratuita à ré.

Sustenta a autora ter havido erro de fato no v. acórdão proferido na ação coletiva que a aqui requerida promoveu contra ele.

Para isso aponta a inexistência de Lei ou resoluções do Banco Central, órgão responsável pela normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades do sistema de consórcios, qualquer determinação para divulgação de taxas médias de administração de consórcio.

Da leitura do v. acórdão que se pretende rescindir se extrai que houve fundamentação adequada, o que foi de pronto constatado do simples confronto da amplitude do pedido e da solução ao fim alvitrada, de cujos limites não se deu o alegado desbordamento. Assim, não se pode falar em violação dos dispositivos da lei processual indicados pelo autor.

Note-se, ademais, que o v. acórdão menciona sobre a edição de Circular nº 2.766/97, que ainda vigora, e estabeleceu em seu artigo 12, § 3º, que *“a remuneração da administração pela formação, organização e administração do grupo de consórcio será constituída pelos recursos relativos à taxa de administração, fixada no contrato de adesão, e por aqueles previstos na forma do artigo 13 deste Regulamento”*.

Bem de ver, portanto, que não se pode sustentar tenha havido erro de fato a dar margem à ação rescisória, vez que não havendo limitação da taxa de administração pela circular do BACEN, entendeu-se que os limites para o consórcio de bens móveis duráveis previstos no Decreto n° 70.951/72 permanecem válidos.

Claramente inexistiu erro de fato de porte a dar guarida à ação rescisória.

O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, serve de fundamento à sentença rescindível, que teria chegado a conclusão diversa não fora ele (“RTJ”, vol. 136/55); ou, ainda, “é preciso que o erro de fato tenha sido ‘capaz, por si só, de (...) assegurar pronunciamento favorável’ à parte contrária (v. inciso VI; nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, ‘RT’, vol. 681/199), de sorte a ser razoável presumir que o Juiz não teria julgado como o fez se tivesse atentado para a prova (Supremo Tribunal Federal - Pleno, Ação Rescisória n. 991-6-PB, julgado em 5.9.79, por votação unânime, ‘DJU’, de 21.3.80, pág. 1.550; cf. tb. Superior Tribunal de Justiça, ‘RT’, vol. 681/199; ‘RTJ’, vol. 128/1.028)” (*apud* THEOTONIO NEGRÃO, “Código de Processo Civil e legislação Processual em vigor”, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, nota 44 ao artigo 485, pág. 372).

O erro de fato, suscetível de fundamentar a rescisória, é precisamente o averiguável mediante o exame das provas já existentes no processo, não aquele cuja correção requeira a produção de novas provas no Juízo rescisório (“RTJ”, vol. 132/1.121).

Em verdade, o autor busca outra decisão, pretendendo valer-se da ação rescisória como um recurso ordinário e privilegiado cujo prazo seria de dois

Acesso ao Sumário

anos. Não é possível essa sua intenção. Não se pode dizer tenha havido erro de fato a justificar a ação rescisória, pois o erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela (Theotonio Negrão, nota 43 ao art. 483 do CPC, 30ª ed. Pág. 479), ou pelo fato de seguir corrente de entendimento que não o majoritário da Corte Superior. Isso não dá margem para ação rescisória.

Isto posto, julga-se improcedente o pedido inicial, condenando-se o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios de R$ 2.000,00.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 15.711)

Trata-se de ação rescisória visando desconstituir V. Acórdão trânsito em julgado, proferido nos autos do agravo de instrumento tirado da r. decisão interlocutória que, em sede de ação civil pública ajuizada por ANADEC - Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor, limitou as taxas de administração praticadas por Panamericano Administradora de Consórcio Ltda..

Alega o autor, em apertada síntese, que o V. Acórdão encerra **(i)** decisão **extra petita** - contrariando os artigos 128 e 460 do CPC -, **(ii)** firmou-se em erro de fato - à luz do inciso IX do artigo 485 do diploma processual civil -, além de **(iii)** violar expressamente dispositivos de lei - Lei nº 8.177/91 - e de norma reguladora - Circular 2.766/97 do BACEN. Por conta do exposto, requer a desconstituição da coisa julgada que recaiu sobre o V. Acórdão rescindendo para negar provimento à apelação da ANADEC, nos termos dos artigos 485, inciso V, e 488, inciso I, do CPC.

Intimada, a ré apresentou contestação entendendo ser de rigor a anulação do V. Acórdão fustigado por encerrar decisão **extra petita** (fls. 500-509).

Submetida a celeuma ao douto Procurador Geral de Justiça, opinou este pela improcedência da rescisória (fls. 524-534).

É o relatório.

A petição inicial não inspira adequação e sequer colhe complacência.

Deu-se ajuizamento de ação civil pública pela ré, em março de 2006, sob alegação de existência de práticas abusivas e ilegais da administradora de consórcios em face de seus consorciados, especialmente no que tange à cobrança abusiva de taxa de administração, tida por superior ao permitido pela legislação aplicável à espécie (fls. 40-71). Em razão desse entendimento, pugnou pela redução daquela taxa, com arrimo no parágrafo 1º do artigo 42 do Decreto nº

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

70.951/72, que regulamentou a Lei nº 5.768/71.

Foi proferida, então, r. decisão entendendo abusivas as taxas de administração cobradas pelo Panamericano, determinando - liminarmente - sua redução para 10 e 12%, em conformidade com o valor do bem - além de 50 salários mínimos ou até esse teto, respectivamente (fls. 208). Por conta de tal r. entendimento, o Panamericano interpôs recurso de agravo de instrumento insurgindo-se contra a limitação determinada (fls. 209-254).

Decisão colegiada proferida pela Colenda 21ª Câmara de Direito Privado deu provimento ao recurso para revogar a liminar concedida, entendendo que a lei de mercado não impôs limites à cobrança da aludida taxa (fls. 256-261).

Inconformada, a ANADEC interpôs recurso especial ao qual foi negado seguimento (fls. 262-264) ao argumento de que a matéria analisada encontra-se pacificada junto ao STJ no sentido de que “as administradoras de consórcio possuem total liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.177/91 e da Circular nº 2.766/97 do BACEN, não sendo considerada ilegal ou abusiva, portanto, as taxas fixadas em percentual superior a 10%” (sic) (fls. 263).

Em 30/12/09 a ação civil pública foi julgada improcedente (fls. 265-279) e foi objeto de recurso de apelação pela Anadec (fls. 280-316), ao qual foi dado provimento em parte para “adequar a taxa de administração cobrada pela ré aos patamares médios fixados pelo BACEN” (cfr. fls. 325-329).

Operou-se trânsito em julgado em 18/4/11(fls. 330).

As alegações de V. decisão proferida **extra petita** - a teor dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil - e de violação expressa aos dispositivos de lei - Lei nº 8.177/91- e de norma reguladora - Circular 2.766/97 do BACEN - invocados deveriam ter sido atacadas por meio de recursos dirigidos às instâncias superiores, o que não se deu. Pretende o autor, por meio de ação rescisória, rediscutir a lide e obter novo julgamento, mais favorável, no que é secundado pela ré, também insatisfeita com o resultado rescindendo e contra o qual tampouco se insurgiu oportunamente.

É sabido que a ação rescisória é remédio extremo e não é substituta dos recursos cabíveis. Em que pese o inconformismo, carece de lastro a argumentação deduzida, mormente por se tratar de rediscussão da matéria anteriormente agitada e que não foi objeto de recursos às instâncias superiores.

Cabe anotar:

“A ação rescisória não se presta a novo exame dos fatos colhidos nos autos, a fim de reparar possível injustiça” (Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal; AR 1198/DF; Ação Rescisória; Relator: Min. Djaci Falcão; julg. em 23/3/88; public. no DJ de 17/6/88).

Agravo Regimental. Interposição contra decisão monocrática que

Acesso ao Sumário

indeferiu a petição inicial e extinguiu a ação rescisória. Decisão monocrática que deve prevalecer, eis que busca o autor utilizar a presente ação como sucedâneo de recurso, buscando nova apreciação da matéria, o que não pode configurar causa de rescindibilidade do pronunciamento jurisdicional. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável ao autor, não justifica o ajuizamento da ação rescisória. RECURSO NÃO PROVIDO (18º Grupo de Câmaras de Direito Privado; Agravo Regimental nº 0179150-24.2012.8.26.0000/Barueri; Relator: Renato Rangel Desinano; j. em 25/3/2013 - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Ação Rescisória - Petição inicial - Alegada hipótese do inciso V do art. 485 do CPC - Ausência de qualquer afronta a literal disposição de lei - Inexistência de aberração jurídica - Incabível ação rescisória, pois constitui-se de remédio extremo, e assim não pode ser confundida como mero recurso - Indeferimento da petição inicial - Extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil (21ª Câmara de Direito Privado; Ação rescisória nº 0025182-08.2011.8.26.0000/São Paulo; Relator: Ademir Benedito; j. em 25/2/2013 - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Não bastasse, a pretensão recursal almejada não se coaduna com as hipóteses elencadas no artigo 485 do CPC, inexistindo o alegado erro de fato.

Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação principal, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.

Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo, o que não se deu no caso **sub judice**.

Nessa esteira, são os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"Para que erro de fato dê causa à rescindibilidade do julgado, é indispensável que ele seja relevante para o julgamento da questão, que seja apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que *Para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade.* (AR nº 624/SP; Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca; julg. em 23/11/98)", (3ª Seção; AR 3.535/SP; Relator: Min. Hamilton Carvalhido; julg. em 4/5/08).

"Erro de fato, capaz de justificar o ajuizamento da ação rescisória,

Acesso ao Sumário

nos termos dos §§ 1° e 2° do inciso IX do art. 485 do CPC, somente se configura quando o *decisum* rescindendo tenha admitido como fundamento um fato inexistente, ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido; sendo indispensável que, em qualquer hipótese, não tenha havido pronunciamento judicial sobre o fato. A via rescisória não é adequada para aferição da existência de injustiça do *decisum* rescindendo, tampouco corrigir interpretações equivocadas dos fatos, reexaminar ou complementar as provas produzidas no processo originário.” (5ª Turma; REsp 653.613/DF; Relator: Min. Laurita Vaz; julg. em 26/5/09).

Por tais razões, julgo improcedente a demanda.

SÉRGIO RUI, Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 31197)

Meu voto acompanha o do eminente Relator sorteado.

Em primeiro lugar, não houve o alegado erro de fato, o qual só se configura quando não haja pronunciamento judicial a respeito de determinada matéria. Aqui, muito ao contrário, houve exaustiva discussão a respeito dos percentuais das taxas de administração cobradas pela autora, tanto assim que o v. Acórdão proveu apenas em parte a apelação da ré, para estabelecer o critério de cálculo da taxa de administração dos consórcios que tenham por objeto bens móveis, mantendo a improcedência do pedido concernente aos bens imóveis (cf. fls. 325/329). Só essa constatação é suficiente para concluir que a matéria em questão foi sim discutida, debatida e, finalmente, dirimida no acórdão. E se foi isso o que aconteceu, não houve erro de fato, pois que o § 2° do inciso IX do art. 485 do C.P.C. considera indispensável ao reconhecimento do erro de fato a **inexistência** de controvérsia a respeito do fato (Sérgio Ribeiro Porto, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. 6, Ed. RT, 2000, p. 338; STJ - Rec. Esp. 169.603/ MG, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 11.6.01, in RSTJ 146/247, Rec. Esp. 140.671/RJ, 2ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 1.2.99, A.R. 246/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 31.8.92).

Tampouco está caracterizada a alegada violação a literal disposição de lei. A autora invoca maltrato aos arts. 128 e 460 do CPC. Mas o V. Acórdão rescindendo não padece dessas eivas, visto que o que foi decidido está alojado nos limites objetivos da demanda. A causa de pedir é o relato *“...do fato constitutivo do vínculo jurídico, bem como o fato afirmado pelo autor que torna necessária a intervenção jurisdicional”*, como ensina o Professor Roberto Bedaque (Os Elementos Objetivos da Demanda à Luz do Contraditório, in “Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil”, obra coletiva, Ed . RT, 2002, p. 28). No caso em tela, a inicial da ação civil pública postulava intervenção judicial nos contratos

Acesso ao Sumário

de consórcio da autora, para que fosse declarada a nulidade da cobrança da taxa de administração, por abusividade, ou para que fossem alterados os percentuais máximos para 10% ou 12%, conforme o caso (cf. fls. 69).

Esses os limites objetivos da demanda, no que aqui interessa. O v. Acórdão rescindendo não os ultrapassou, nem quantitativamente, nem qualitativamente. Não reduziu os percentuais para 1 ou 2%. Limitou-se a determinar que eles sejam calculados segundo determinada taxa média, com fundamento no art. 51, IV, da Lei 8.078/90. Não houve prestação jurisdicional que tenha desbordado dos limites estabelecidos pela causa de pedir e do pedido constantes da inicial. Então, não houve ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC.

Julgo, assim, improcedente o pedido, acompanhando o eminente Relator na fixação dos encargos de sucumbência e condenando a autora a perder o depósito inicial (art. 494 do CPC).

É como voto.

CAMPOS MELLO, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 32.082)

Quanto ao cálculo da taxa de administração houve intenso debate e expresso pronunciamento judicial, o que impede a rescisória por erro de fato nos termos do art. 485, IX, § 2°, do CPC. O afastamento das premissas sobre que assentou demandaria inclusive reexame da prova, inviável em sede de ação rescisória (AR 2.454/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 3ª Seção, DJ 03.11.04; AR 439/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJ 17.05.99; AR 2.284/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, DJ 06.10.94; AR 172/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 2ª Seção, DJ 04.11.91; AR 236/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2ª Seção, DJ 10.12.90).

Prover em parte o recurso para adequar a taxa de administração cobrada pela ré aos patamares médios fixados pelo Banco Central não vai além dos limites traçados pelo pedido e pela causa de pedir.

Voto, pois, com o relator.

MANUEL MATHEUS FONTES, 4º Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 26881)

Declaro, nesta oportunidade, acompanhar, igualmente, o entendimento do i. relator, Desembargador Maia da Rocha, que julgou improcedente a ação

Acesso ao Sumário

rescisória por não reconhecer a caracterização do erro de fato. Salientou, particularmente, a intenção (ou pretensão) da parte em obter, com o pedido ora formulado, nova decisão, o que se mostra inaceitável.

De mais a mais, o Acórdão rescindendo deixou extremamente claro, até porque se encontra fundamentado em legislação pertinente, que *"os limites para o consórcio de bens móveis duráveis previstos no Decreto n. 70.951/72 permanecem válidos"* enquanto, *"em relação aos bens imóveis nunca houve limitação legal da taxa da administração"* [fls.328].

Pelo que se depreende, não há erro de fato na apreciação do pedido; há fundamento a sustentar a conclusão da d. Turma julgadora. Aliás, *"Só há erro de fato quando a sentença ou acórdão admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido"* [cf. STJ, 1ª Seção, AR 538/DF, rel. Garcia Vieira, j. 09.09.98, DJ de 09.11.98, p.03].

Não caracterizado o erro de fato, a parte não pode alcançar o decreto rescisório com apoio, apenas, em argumentos divorciados do presente caso, nem reclamar por novo julgamento, nem pleitear a desconstituição do acórdão rescindendo, pois, à evidência, o Acórdão atacado não padece de nulidade que diz haver.

Assim, pelo meu voto, igualmente julgo improcedente o pedido inicial.
VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Desembargador

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024599-81.2014.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que é agravante ODAIR ALVES, é agravado GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente sem voto), CRISTINA COTROFE e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 7 de maio de 2014.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Sistema Nacional de Trânsito – CNH – Pretensão liminar voltada ao desbloqueio imediato do prontuário do impetrante, a fim de que possa retirar a sua Carteira Nacional de Habilitação – Liminar indeferida pelo douto Juízo *a quo* – Decisório que não merece subsistir – Prontuário de condutor do impetrante que foi bloqueado antes de proferida decisão final no procedimento administrativo de cassação do direito de dirigir – Inadmissibilidade – Inteligência do art. 24 da Resolução CONTRAN nº 182/05 e do art. 265 do CTB – Presença dos requisitos para concessão da liminar (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, inc. III) – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ODAIR ALVES atacando

a r. decisão copiada à fl. 112 que, nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato do DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE SÃO PAULO, indeferiu a liminar por não vislumbrar perigo de perecimento do direito, negando o pedido de renovação de Carteira Nacional de Habilitação formulado pelo impetrante.

Nas razões de fls. 04/14, o agravante sustenta que há *periculum in mora*, pois está impossibilitado de dirigir e até mesmo de se locomover diante da não renovação de sua CNH. Afirma que a CIRETRAN proferiu decisão administrativa desfavorável a sua pretensão e que interpôs recurso à JARI, pendente de julgamento. Assevera que impetrou outro mandado de segurança visando anular o auto de infração nº 1D7663063, que o penalizou com 7 (sete) pontos. Sustenta que o art. 6º, § 2º, da Resolução nº 182/2005, do CONTRAN prevê que se a infração for objeto de recurso na esfera administrativa ou judicial, os pontos correspondentes ficarão suspensos até final julgamento.

Requer a concessão de liminar para suspender o Auto de Infração nº 1D7663063 até final decisão do Judiciário. Subsidiariamente, requer provimento liminar para garantir a expedição da CNH, enquanto não houver decisão administrativa final. Pede o provimento do recurso.

O pedido de efeito ativo foi deferido parcialmente às fls. 130/132.

Dispensadas a intimação da parte contrária para apresentar resposta, uma vez que sequer citada na origem, bem como a requisição de informações ao juízo *a quo*.

A D. Procuradoria de Justiça declinou manifestação no feito (fl. 139).

É o breve relatório.

Preservado o respeitável posicionamento adotado pelo nobre Juízo monocrático, entendo que o reclamo recursal merece acolhida.

Isto porque, a concessão de liminar em mandado de segurança está condicionada à demonstração do ***periculum in mora*** e do ***fumus boni juris***. E no caso em tela, realizando-se um exame perfunctório, próprio desta fase recursal, verifica-se que tais requisitos foram preenchidos.

Acesso ao Sumário

Com efeito, consta dos autos que o impetrante teve sua renovação de CHN indeferida pela autoridade administrativa, uma vez que excedeu o limite de pontuação previsto na legislação de trânsito. Pende de julgamento, no entanto, recurso protocolado em 17 de fevereiro de 2014 à JARI (fls. 118/128). Entretanto, consoante se pode verificar nos autos, o agravante teve o seu cadastro de condutor bloqueado, impedindo a retirada de sua CHN.

A par disso, evidente o *fumus boni juris*, porque, na hipótese de procedimento administrativo de suspensão ou cassação do direito de dirigir, ambos regulados pela Resolução CONTRAN nº 182/05, enquanto não proferida decisão definitiva, não se pode proceder ao bloqueio do prontuário de condutor,

nos termos que dispõe expressamente o art. 24 do referido ato normativo, *in verbis*:

“Art. 24. No curso do processo administrativo de que trata esta Resolução não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de mudança de categoria da CNH, renovação e transferência para outra unidade da Federação, até a notificação para a entrega da CNH, de que trata o art. 19.”

Note-se, aliás, que tal disposição vai ao encontro do que prevê o Código Brasileiro de Trânsito, no sentido de que a aplicação das penalidades de suspensão ou cassação do direito de dirigir reclama prévio processo administrativo, com a observância das garantidas constitucionais do devido processo legal:

“Art. 265. As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.”

Ademais, presente também o *periculum in mora*, visto que a medida será inócua se concedida apenas ao final, vez que ficará o agravante impedido de retirar a sua CNH, enquanto aguarda decisão final de seu recurso protocolizado, prejuízo que sofrerá indevidamente.

Em casos semelhantes, outro não tem sido o entendimento firmado por esta Corte de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Procedimento de cassação do direito de dirigir – Bloqueio da Carteira Nacional de Habilitação antes da decisão definitiva em sede administrativa – Impossibilidade – Inteligência do art. 265 do CTN c.c. art. 24 da Resolução CONTRAN nº 182/2005 – Violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) – Presentes os requisitos legais para a concessão da medida liminar – Decisão reformada – Recurso provido.” (Agravo de Instrumento nº 0115656-88.2012.8.26.0000, rel. Des. Osvaldo de Oliveira, Décima Segunda Câmara de Direito Público, j. 08.08.2012).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de segurança. CNH. Liminar. Negativa de renovação da carteira nacional de habilitação. Processo administrativo para cassação do direito de dirigir. Recurso pendente de julgamento. Bloqueio no prontuário. Impossibilidade. Contraditório e ampla defesa. Resolução nº 182/05 do CONTRAN. Recurso provido.” (Agravo de Instrumento nº 0082008-20.2012.8.26.0000, rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 31.07.2012).

Por todo o exposto, impõe-se a reforma da r. decisão agravada, para o fim

Acesso ao Sumário

de determinar o desbloqueio do prontuário do agravante, permitindo-se a retirada de sua carteira nacional de habilitação, desde que cumpridas as exigências para tanto e com a observação de que o documento poderá ser recolhido caso sobrevenha decisão desfavorável na esfera administrativa.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao provimento do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do ***decisum***, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Daí porque, em tais termos, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039304-84.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14214)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 21 de maio de 2014.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – Inadmissibilidade – Ação Civil Pública ajuizada visando a desocupação

de imóvel comercial particular e o alojamento das famílias que o ocupam em local que ofereça habitabilidade e respeite a unidade das células familiares, sob a alegação de precariedade e insalubridade da edificação – Liminar já deferida – Ação civil pública que se presta tão-somente à defesa dos direitos fundamentais inerentes aos ocupantes do imóvel, ante a existência de ameaça à vida e à integridade física dos mesmos – Eventual direito de regresso da Municipalidade em face do proprietário do imóvel deverá ser objeto de ação própria – Decisão mantida – Recurso não provido.

Jurisprudência - Direito Público

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Municipalidade de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública que ajuizou em face do Ministério Público do Estado de São Paulo, insurgindo-se contra a r. decisão de fl. 12, que indeferiu a denunciação da lide em face do proprietário do imóvel objeto da ocupação.

Sustenta a agravante, em apertada síntese, que a responsabilidade pelo imóvel invadido incumbe ao proprietário, razão pela qual requer seja deferida a denunciação da lide visando permitir a concretização de eventual direito de regresso. Postula o conhecimento e o provimento do recurso (fls. 01/11).

Inexistindo pedido liminar, foram dispensadas as informações do MM. Juiz da causa e resposta do agravado (fls. 64/65).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu seu r. parecer (fls. 69/72).

É o relatório.

Merece subsistir a r. decisão recorrida. Senão vejamos.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública em face da Municipalidade objetivando a desocupação de edificação comercial invadida, com o encaminhamento dos ocupantes para programas habitacionais ou alojamento em local que ofereça habitabilidade e respeite a unidade das células familiares (fls. 18/43). Pois bem.

Acesso ao Sumário

Infere-se dos autos que a Municipalidade de São Paulo defende a possibilidade de denunciação da lide em face do proprietário do imóvel objeto da ocupação. Porém, razão não lhe assiste.

Isto porque, a despeito dos argumentos apresentados pelo Município, a questão deve ser situada no contexto do processo.

No caso dos autos, a ação civil pública foi ajuizada pelo Órgão Ministerial

objetivando unicamente a defesa dos direitos fundamentais inerentes aos ocupantes do imóvel em questão, cabendo à Prefeitura de São Paulo promover o afastamento do risco de desabamento ou incêndio detectado no Laudo por ela própria elaborado, mediante a remoção dos moradores e o encaminhamento das famílias para local adequado ou programas habitacionais, como, aliás, constou da liminar deferida no Agravo de Instrumento nº 0067964-59.2013.8.26.0000. Assim sendo, o que se visa é tão somente a defesa dos padrões ambientais e de segurança dos munícipes, não atingindo qualquer esfera patrimonial, seja dos ocupantes ou do proprietário do imóvel invadido.

In casu, o pedido principal não envolve posse ou propriedade, mas exclusivamente a preservação da integridade física dos invasores do imóvel, atingindo diretamente a Municipalidade, a quem compete o cumprimento das obrigações impostas. Ou seja, o objeto da demanda é voltado diretamente à Administração Municipal, inexistindo fundamento jurídico para a intervenção de terceiro ora pretendida, sendo certo que eventual direito de regresso da Municipalidade em face do proprietário do imóvel deverá ser objeto de ação própria.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0161164-23.2013.8.26.0000, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é agravante FELIPE FRANCISCO CESAR COSTA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação, vencido o Relator, que declarará. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.835)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BORELLI THOMAZ (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, vencedor, SOUZA MEIRELLES, vencido, e PEIRETTI DE GODOY.

São Paulo, 7 de maio de 2014.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA – ACUSAÇÃO CONTRA TERCEIRO QUE SE BENEFICIOU DE SUPOSTA INSERÇÃO DE INFORMAÇÃO FALSA NO SISTEMA INFORMATIZADO DE CONTROLE DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS MUNICIPAIS – INICIAL QUE NÃO APONTA O AUTOR DO ATO DE IMPROBIDADE – ATO QUE NÃO PODE SER PRESUMIDO – SEM O AUTOR DO ATO DE IMPROBIDADE NÃO SE PODE IMPUTAR ESTA A TERCEIRO, SOB PENA DE CONSIDERARMOS, AO ARREPIO DOS ARTS. 1º E 3º DA LIA, QUE PODE TERCEIRO COMETER ATO DE IMPROBIDADE DE FORMA AUTÔNOMA – RECURSO PROVIDO PARA, DADO O EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO, JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão que, em sede de ação civil pública, recebeu a inicial por entender que o pedido deduzido é juridicamente possível, pois objetiva a responsabilização do réu, ora agravante, por suposta inserção de informação falsa no sistema informatizado de controle de pagamento de tributos no município, conduta que pode configurar improbidade.

O agravante alega ilegitimidade ativa do Ministério Público e incompatibilidade do rito da ação civil pública com a ação de improbidade administrativa. Sustenta a inadmissibilidade da inicial por falta de fundamento fático.

O recurso é tempestivo e o agravado ofereceu contraminuta.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Ab initio, é de se destacar que o artigo 17, § 8º, da Lei de Improbidade, diz claramente que:

"*recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade,* ***da improcedência da ação*** *ou da inadequação da via eleita.* (g.n)".

Por conseguinte, está claro que a decisão do juiz deverá ser fundamentada tanto para recebimento da ação, quando pode, de plano, julgá-la **improcedente**.

Não se trata, à luz do preceito em questão, que o juiz possa fazer apenas um exame perfunctório da inicial, pelo contrário, deverá realizar um exame do

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

próprio mérito da demanda a fim de se evitar o prolongamento indevido da ação de improbidade.

Fixado este parâmetro legal examino o tema não com os mesmos olhos do ilustre e culto relator.

Com efeito, pelas dicções dos artigos 1º e 3º, da Lei de Improbidade, que dizem que:

> *Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.*
>
> *Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.*

Não é preciso muito esforço hermenêutico para perceber que a lei está se referindo ao terceiro que ***induza ou concorra para a prática do ato de improbidade.***

Não é de ato improbidade, mas do ato de improbidade, de onde se extrai a elementar conclusão que é preciso haver um nexo entre a ação ímproba que teria sido cometida pelo agente público identificado e o terceiro beneficiado.

No caso, *sub judice*, não aponta a inicial quem foi o autor do ato de improbidade, presumindo que ela tenha sido cometida dolosamente por alguém não identificado.

Ora, se não se aponta autoria de agente público como se falar que ela ocorreu, a não ser que se a presuma como faz a inicial. Podem ter ocorrido vários acontecimentos que geraram a quitação do débito do réu, como equívoco administrativo, lançamento digital por desatenção, enfim, circunstâncias estas que podem ser sanadas a qualquer tempo pela Administração Pública sem que se possa falar em improbidade administrativa, bastando que esta promova o respectivo executivo fiscal para reaver o devido.

O fato é que a posição do terceiro beneficiado deve estar intimamente ligada ao autor do ato ímprobo e que não se pode presumir a ocorrência do ato de improbidade, ainda mais porque haverá de se fazer uma análise do dolo ou culpa com que agiu o tal autor, no caso, desconhecido.

Em tais condições, sem o autor do ato de improbidade não se pode imputar esta a terceiro, sob pena de considerarmos, ao arrepio dos preceitos legais acima citados, que pode terceiro cometer ato de improbidade de forma autônoma!

Acesso ao Sumário

Em tais condições, por todo o exposto, **de ofício e com fundamento no efeito translativo conferido ao agravo de instrumento** e nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa (acrescentado pela Medida Provisória 2.225-45, de 04/09/2001), julgo IMPROCEDENTE a ação, ficando prejudicado o exame das demais questões debatidas no presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023765-78.2014.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante ANA ROBERTA FLORIANO HENRIQUES, é agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 134)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento em ação ordinária. Assistência judiciária gratuita. Após a edição da CF/88 (art 5º, LXXIV) tem-se entendido que não basta a simples declaração de pobreza, de que trata o art. 4º da Lei 1.060/50, para obtenção do benefício, gerando tal declaração presunção *juris tantum* de que o declarante não tem condições de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, admitindo prova em contrário. Dever de ofício do juiz, em coerência com referida norma constitucional e com sua obrigação legal fiscalizadora do correto recolhimento das custas, de verificar as reais condições econômicas do requerente para análise e decisão acerca do deferimento ou não do pleito. Ante a ausência de limite previsto em lei para a concessão

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

do benefício, entende-se como razoável o parâmetro de 03 salários mínimos federais mensais, também utilizado pela Defensoria Pública para prestação de atendimento gratuito, sem prejuízo, obviamente, da verificação da situação concreta e o abrandamento do critério se constatado motivo excepcional relevante. Condição de pobreza não demonstrada. Decisão mantida quanto ao indeferimento da assistência judiciária, afastado o decreto de deserção concedido prazo para depósito do preparo da apelação. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 331/332 (copiada a fls. 48/49 deste agravo), de lavra do MM. Juiz **Dr. João Roberto Casali da Silva** que indeferiu à agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita e julgou deserto o recurso.

Sustenta a recorrente que não possui condições de pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, apresentando comprovante de seus ganhos e relação de despesas pessoais e com seus dois filhos.

Foi deferido o efeito suspensivo ativo (fls. 152/153).

A agravada apresentou contrarrazões.

É o Relatório.

A assistência judiciária gratuita é direito fundamental, previsto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal e na Lei 1.060/50, conferido *aos que comprovarem insuficiência de recursos.*

Após a edição da CF/88 tem-se entendido que não basta a simples declaração de pobreza, de que trata o art. 4º da Lei 1.060/50, para obtenção do benefício, gerando tal declaração presunção *juris tantum* de que o declarante não tem condições de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, admitindo prova em contrário.

O acesso à justiça deve ser a todos assegurado, indistintamente, mas o direito de demandar sob os auspícios da assistência judiciária gratuita é reservado *aos que comprovarem insuficiência de recursos* (CF, art. 5º, LXXIV).

Tem o juiz, portanto, em coerência com referida norma constitucional e com sua obrigação legal fiscalizadora do correto recolhimento das custas, o dever de ofício de verificar as reais condições econômicas do requerente para análise e decisão acerca do deferimento ou não do pleito ao benefício.

Acesso ao Sumário

Ante a ausência de limite previsto em lei para a concessão do benefício, entende-se como razoável o parâmetro de 03 salários mínimos federais mensais, também utilizado pela Defensoria Pública para prestação de atendimento gratuito (Deliberação CSDP nº 89, de 08/8/2008-consolidada, art. 2º, I, alterado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25/9/2009, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e Resolução nº 85, de 11/02/2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União), sem prejuízo, obviamente, da verificação da situação concreta e o abrandamento do critério se constatado motivo excepcional relevante.

Na hipótese dos autos, os comprovantes de pagamento (fls. 133 e 179) evidenciam que a agravante recebe, como enfermeira da Prefeitura Municipal, vencimentos mensais superiores a 03 salários mínimos federais. Além disso, somam-se os ganhos auferidos da Santa Casa de Misericórdia de Araçatuba.

Analisando-se as declarações de imposto de renda apresentadas (fls. 159/171), especialmente a última referente ao exercício de 2013 (fls. 168), constata-se o ganho bruto anual (excluído 13º salário) de R$ 77.018,10 descontando-se previdência e imposto de renda resulta no líquido anual de R$ 69.206,91 (somados os ganhos da Prefeitura e da Santa Casa), atingindo ganho mensal líquido em torno de R$ 5.767,24 mais o 13º salário.

Mesmo com as despesas relacionadas, pessoais e familiares, não está demonstrada a alegada condição de pobreza da agravante a justificar a concessão do benefício pleiteado da assistência judiciária gratuita, corretamente indeferido.

É certo que o mesmo pedido já havia sido apreciado e negado, não recebido o recurso de agravo por intempestivo. O pleito à assistência judiciária gratuita foi renovado por ocasião da interposição do recurso de apelação sob fundamento de modificação da situação econômica da recorrente, possível de ser reapreciada a questão.

Versando o presente agravo sobre a questão do direito à assistência judiciária e improvido o recurso, há de ser concedido prazo para recolhimento do preparo.

> "Se o recurso for improvido, será oportunizado ao requerente o pagamento do numerário correspondente ao preparo, que só ali se tornou exigível" (RSTJ 140/455: 4ª T.). No mesmo sentido: RSTJ 167/351: 3ª T.; STJ – 1ª T., Resp 935.158, Min. Teori Zavascki, j. 4.12.07, DJU 7.2.08 (acórdãos mencionados em Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotônio Negrão e outros atualizadores, 46ª edição, nota *1c* ao art. 17 da Lei 1.060/50).

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. decisão agravada quanto ao indeferimento da assistência judiciária gratuita e afastando a deserção decretada, revogando decisão anterior neste agravo de instrumento que concedeu efeito suspensivo ativo (fls. 152/153),

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

devendo a recorrente arcar com o adiantamento das custas e despesas processuais do feito de origem, do preparo da apelação e também das custas deste agravo.

Concedo o prazo de 05 dias, contados da intimação do acórdão, para que a agravante recolha o preparo da apelação, sob pena de deserção, processando-se o recurso se recolhido o preparo no prazo ora concedido e desde que atendidos os demais requisitos de admissibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026148-29.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SOCIEDADE HOSPITAL SAMARITANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.126)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 4 de junho de 2014.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. É possível a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, contudo, referido benefício fica condicionado à prova de hipossuficiência da entidade, o que não ocorreu no caso dos autos. Benefício revogado.

RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra a r. decisão interlocutória, digitalizada às fls. 127/128, que concedeu o benefício da assistência judiciária gratuita ao agravado por se tratar de entidade privada, sem fins lucrativos, de caráter assistencial.

Alega a agravante que, em regra, as pessoas jurídicas não fazem jus

ao benefício concedido, conforme se extrai da interpretação do art. 1º, da Lei 1.060/50.

Aduz que há entendimento jurisprudencial no sentido de que, excepcionalmente, admite-se a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, contudo, condicionada à prova da situação de necessidade, mesmo em se tratando de entidade filantrópica, o que não ocorreu no caso dos autos.

Impugna a concessão do benefício concedido ao agravado a uma porque representada por escritório de advocacia conhecido, com atuação em mais de um Estado brasileiro, e depois porque o agravado apresentou em dezembro de 2012 "superavit" no montante de R$ 3.651.339,32, conforme cópias da Ata das Assembleias Gerais colacionadas aos autos.

Por fim, que a imunidade concedida pela CF às entidades assistenciais limita-se aos impostos que recaiam sobre o patrimônio, não englobando a taxa judiciária.

Diante do exposto, busca a reforma da r. decisão agravada, para o fim de revogar o benefício de assistência judiciária gratuita concedida ao agravado.

O recurso foi recebido em seu efeito devolutivo (fls. 134/136).

Contraminuta às fls. 139/156.

É o relatório.

Com razão a agravante, devendo ser reformada a r. decisão agravada, para o fim de revogar os benefícios da assistência judiciária gratuita à agravada.

Como alega a própria agravada, em sua contraminuta ao recurso, é entendimento deste Tribunal ser possível a concessão de referido benefício a pessoas jurídicas, contudo, nesta hipótese, se faz necessária a comprovação da insuficiência de recursos da pretendente. Senão vejamos:

> "JUSTIÇA GRATUITA. Benefício aplicável às pessoas físicas. Entidades filantrópicas que, no entanto, como as empresas individuais, também podem fazer jus ao benefício em caso de necessidade. Inexistência de provas de dificuldades financeiras da Agravante. Súmula 481 do E. STJ. Impossibilidade de concessão do benefício na espécie. Recurso improvido".
>
> (AI. 0.020.308-09.2013.8.26.0000 – rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi – 2ª Câmara de Direito Público – j. 25.06.2013).
>
> "LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. Imunidade tributária. ICMS. Importação de leitos hospitalares. Benefício conferido às instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos. Constituição Federal, artigo 150, VI, 'c'. Atendidos os requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional, dispensa-se o recolhimento do tributo para efeito do desembaraço aduaneiro. Medida reversível. Gratuidade.

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

Pessoa jurídica sem fins lucrativos. Benefício condicionado a prova da hipossuficiência, não apresentada. Benefício negado. Súmula 481 do STJ. Recurso parcialmente provido".

(AR. 0.010.105-85.2013.8.26.0000 – rel. Des. Edson Ferreira – 2ª Câmara de Direito Público – j. 14.05.2013).

Nos termos da Lei 1.060/50, interpretada à luz do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, a concessão de justiça gratuita é cabível à pessoa jurídica, desde que haja insuficiência de recursos e impossibilidade de recolhimento de custas e despesas processuais[1].

O fato de a agravada constituir entidade privada de assistência médica sem fins lucrativos dá margem à presunção relativa de sua incapacidade em arcar com as custas e despesas processuais, e não absoluta como pretende a agravada.

A agravante trouxe cópias aos autos de Ata das Assembleias, indicando que em dezembro de 2012, a agravada apresentou "superavit" no montante de R$ 3.651.339,32.

Aberta oportunidade à agravada desconstituir a alegação da recorrente, bem como o documento colacionado aos autos, limitou-se a defender a presunção de necessidade em razão da natureza da sua constituição, contudo, referida tese não merece prevalecer.

Assim, imperiosa a reforma da r. decisão agravada, para o fim de revogar os benefícios da assistência judiciária gratuita concedida.

Frise-se, por fim, que as decisões com base na Lei nº 1.060/50 possuem a natureza "rebus sic stantibus", de forma que havendo nova comprovação de necessidade pela agravada, admissível nova concessão do benefício.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Ante o exposto, é dado provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0130479-33.2013.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é

1 Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

agravante SERVIÇO MUNICIPAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DE MOGI DAS CRUZES – SEMAE, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "rejeitada a preliminar, deram parcial provimento ao recurso, por v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.936)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), EUTÁLIO PORTO e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – DECISÃO – NULIDADE – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – IMPERTINÊNCIA – PRELIMINAR REPELIDA. Estando pertinentemente fundamentada, justificando a concessão da tutela de urgência pleiteada na inicial, de rigor o não reconhecimento da nulidade suscitada.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA E TUTELA ANTECIPATÓRIA – LANÇAMENTO DE ESGOTO EM CURSO D'ÁGUA – VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 225 DA CF, 208 DA CE E DA LEI Nº 11.445/2007 – RECONHECIMENTO – TUTELA CONCEDIDA – TRÊS MESES PARA CUMPRIMENTO – INEXEQUIBILIDADE – CONFIGURAÇÃO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – DILATAÇÃO DO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA ORDEM – 1 ANO – MULTA MENSAL DE R$ 100.000,00 MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Considerando-se que a lei que criou a recorrente lhe concedia o dever de coletar e tratar o esgoto na cidade de Mogi das Cruzes, não tendo ela cumprido integralmente sua missão, aliado ao fato de que sua desídia ofende a norma constitucional do art. 225 da Constituição Federal, assim como a do art. 208 da Constituição Estadual e a Lei nº 11.445/2007, que instituiu a Politica Nacional de Saneamento Básico,

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

pertinente a concessão da tutela antecipatória;

II – Apesar de elevado o curso para a implementação da ordem, tendo em vista que três são os responsáveis pelo seu cumprimento, não se configura a impossibilidade invocada, pelo que inaplicável a teoria da reserva do possível;

III – Presentes os requisitos legais do art. 11, da Lei nº 7.347/85, assim como do art. 461, § 4º, do CPC, pertinente a concessão da tutela antecipatória.

VOTO

Inconformada com a r. decisão de fls. 37/40, proferida nos autos da Ação Civil Pública Ambiental promovida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face de **PREFEIETURA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES, COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP** e **SERVIÇO MUNICIPAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DE MOGI DAS CRUZES – SEMAE**, concessiva da tutela antecipatória pleiteada para que as rés adotem, no prazo de noventa (90) dias, medidas destinadas a obstar o lançamento de esgoto sem tratamento em qualquer curso d’água no Município de Mogi das Cruzes, sob pena de multa mensal de R$ 100.000,00 (cem mil reais), pelo prazo de 12 meses, recorre esta última ré. Alega, em suma, a nulidade da r. decisão por carência de motivação e, no mérito, aduz quanto à impossibilidade técnica, fática e jurídica de cumprimento da ordem, considerando-se a dimensão do município, a verba destinada e os prazos necessários à realização dos estudos técnicos, desapropriações de licitação dos serviços e trabalhos; diz estar cumprindo com o cronograma instituído pela Lei Municipal nº 79/2010 que dispõe sobre o plano diretor municipal de águas e esgoto; suscita a aplicação do princípio da “reserva do possível”, tendo em vista a avaliação dos serviços necessários à implementação da ordem e seu orçamento.

Acesso ao Sumário

Prestadas as informações solicitadas, manteve o ilustre Juiz a r. decisão recorrida (fls. 1.181/1.189).

Ofertada contrarrazões, bate-se o douto Promotor de Justiça, em substanciosa manifestação, pelo não provimento do recurso (fls. 1.188/1.207).

Ofertado parecer, manifesta-se o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Daniel Roberto Fink, pelo não provimento do recurso (fls. 1.209/1.217).

É O RELATÓRIO.

A preliminar de nulidade da r. decisão, por carência de fundamentação não merece acolhida.

Com efeito, está ela devidamente fundamentada, com explanação dos

diversos prazos e termos de ajustamento descumpridos pela recorrente e demais corréus quanto à implantação do sistema de coleta e tratamento de esgoto, na totalidade dos efluentes, do município em tela, de sorte que atende aos ditames do art. 93, IX, da CF e art. 131 do CPC.

Quanto ao mérito, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

É questão pacífica que o serviço de coleta e tratamento de esgoto no Município de Mogi das Cruzes é débil, não atingindo a integralidade da população e despejando nos rios da região resíduos de esgoto não tratado, causando a sua poluição.

A empresa pública recorrente reconhece o fato, confessando-o, todavia se escora no fato de estar cumprindo o cronograma de implantação do plano diretor municipal de águas e esgoto, nos termos da Lei Municipal nº 79/2010, aliado à invocada teoria da “reserva do possível”, para pretender justificar sua conduta e pretender reformar a r. decisão recorrida.

Como vem comprovado nestes autos, a recorrente foi instituída nos idos de 07 de novembro de 1966, pela Lei Municipal nº 1.613, com a finalidade precípua de *exploração e manutenção dos serviços de água e esgotos com exclusividade e competência em todo o território do Município de Mogi das Cruzes* (art. 2º) e a *estudar, planejar, executar e fiscalizar todas as atividades concernentes à construção, melhoramentos, ampliação, operação, exploração e conservação dos serviços de água e esgotos* e *operar, manter e conservar diretamente os serviços de água potável e de esgotos sanitários* (art. 3º, *b* e *d*). Em seu art. 14, dispõe a referida lei municipal que *o SEMAE, diretamente ou através de outros órgãos, elaborará planos para a defesa dos cursos d’água existentes no Município, de sentido de evitar a poluição e permitir o aproveitamento racional dos mesmos.*

Os preceitos acima têm correspondente na Constituição Estadual em seu art. 208 que assim dita:

> Fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo de água.

Está ela, igualmente, amparada na competência complementar atribuída aos municípios, nos termos do art. 30, V, da Constituição Federal, encontrando guarida, ainda, na norma do seu art. 225, que coloca como um dos direitos fundamentais o referente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Todavia, apesar de criada com tão nobre objetivo há mais de 40 anos, jamais cumpriu a recorrente os seus objetivos integralmente, nem mesmo contando com o concurso da corré SABESP na satisfação de tão nobre preceito. O saneamento básico eficaz e integral, como reiteradamente vem sendo reconhecido universalmente, é um direito que transcende a geração presente, posto que visa a conservação do meio ambiente equilibrado, minimizando a

Acesso ao Sumário

degradação decorrente da atividade humana. É, ainda, fator de preservação de todos os seres vivos, em especial da saúde e da vida das pessoas. Como anotado pelo Ministério Público, para cada valor despendido na implantação de rede de água e coleta e tratamento de efluentes, aproximadamente quatro são poupados em saúde.

Ora, o que resta demonstrado nos autos, e confessado neste recurso, é que os nobres objetivos da lei que criou a recorrente jamais foram atingidos plenamente, não havendo qualquer justificativa plausível para tanto. Não a socorre a alegação de que vem cumprindo nova ordem legal municipal constante da acima citada Lei Municipal nº 79/2010. Seus prazos, de tão alargados que são, afrontam a norma constitucional, quer estadual, quer federal. Não se pode conceber que, passados mais de 25 anos da Constituição Federal e quase o mesmo da Estadual, suas normas não tenham sido cumpridas, postergando a satisfação para o longínquo ano de 2040.

Acresça-se que igualmente violada resta a Lei nº 11.445/2007, que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico.

Não se está pretendendo impor obrigação descabida aos réus, por meio do que se denominou de *ativismo judicial*, por muitos defendido como razão para inibir os desmandos dos demais poderes. Igualmente não se está enveredando na seara da discricionariedade da administração pública na formulação das políticas públicas e sua implantação, mas sim dar eficácia à norma constitucional maculada pela desídia do Poder Executivo, em sua atuação direta ou indireta, por meio de empresas públicas, concessionárias ou prestadoras de serviços.

Também não se está a buscar o cumprimento de ordem inexequível, consubstanciada em afronta ao princípio invocado pela "teoria da reserva do possível". Apesar de se reconhecer que os recursos necessários à implementação da integralidade da rede de coleta e das estações de tratamento são de grande monta e que possam ultrapassar o orçamento anual da recorrente, é patente que tal obrigação não haverá de ser cumprida exclusivamente por ela, posto que três são os coobrigados, devendo todos somar esforços e recursos no atendimento da ordem. Deverão todos os envolvidos somar suas forças no cumprimento do preceito constitucional estadual de não mais lançarem resíduos de esgoto, sem tratamento, nos corpos d'água.

Todavia, como já reconhecido pelo nobre Des. Gonzaga Franceschini, no exercício da Presidência desta Corte, conforme citação constante das informações prestadas pelo douto magistrado *a quo*, o prazo concedido para o cumprimento da tutela antecipatória é por demais exíguo, considerando-se que não somente são necessários projetos, mas também processo licitatório para a execução dos serviços, o que é de conhecimento vulgar um processo demorado. Não há, pois, como, no prazo eleito, de meros três meses, atender a todas as

Acesso ao Sumário

etapas destinadas ao cumprimento da ordem, em que pese haver dos autos documentos que evidenciam que os projetos para tanto já foram realizados. Assim, concedo o prazo de um ano, ou seja, de 365 dias, a contar da publicação desta decisão, para a satisfação da ordem.

Considerando-se que as *astreintes* tem o objetivo de compelir o obrigado ao cumprimento da ordem judicial, assim como o largo tempo em que os preceitos legais acima anotados vêm sendo violados, pertinente a sua imposição. O valor da multa, considerando-se ter sido eleita por período mensal e com duração anual, por atender aos ditames do art. 11 da Lei nº 7.347/85, c.c. o art. 461, § 4º, do CPC, posto que bem acomoda os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Posto isto, rejeitada a preliminar, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2031405-69.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COOPERATIVA DE CRÉDITO MÚTUO DOS EMPREGADOS DA EMBRAER, é agravado JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.168)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 26 de maio de 2014.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Antecipação de tutela indeferida – Ação que tem por objeto o afastamento da imposição à autora de associar-se à OCESP como requisito para o arquivamento de seus atos constitutivos e alterações respectivas junto à agravada – Provimento de rigor – A verossimilhança da alegação e a prova inequívoca traduzem-se na certeza das alegações da agravante, sendo certo que não pode haver obrigação sem que lei a preveja – Ademais, é de se observar que da concessão da antecipação da tutela não emerge à parte adversa nenhuma espécie de

Acesso ao Sumário

dano, enquanto sua não concessão garante a certeza do dano à agravante – Precedente desta Corte – R. decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Cooperativa de Crédito Mútuo dos Empregados da Embraer contra a r. decisão que indeferiu a antecipação de tutela em ação que tem por objeto o afastamento da imposição à autora de associar-se à OCESP como requisito para o arquivamento de seus atos constitutivos e alterações respectivas junto à agravada.

A antecipação da tutela recursal foi deferida, nos termos da decisão de fls. 92/93.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com apresentação das contrarrazões às fls. 353/370.

É o relatório.

2. É de ser dado provimento ao agravo de instrumento.

Dada a natureza do provimento jurisdicional que se busca com o presente recurso, inviável qualquer discussão acerca do mérito da causa, limitada à manutenção ou não do indeferimento do pedido de antecipação da tutela.

Verifica-se que o MM. Juiz de Direito entendeu estarem ausentes os requisitos da medida.

Entretanto, a meu ver, estão presentes os critérios necessários à antecipação da tutela.

Como sabido, os requisitos ensejadores da concessão da tutela antecipada são: a) a verossimilhança da alegação, que somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do autor; b) existência de prova inequívoca, que nas palavras de Humberto Theodoro Júnior é aquela "clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável" (RT 742/44); e, c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No caso em tela, a verossimilhança da alegação e a prova inequívoca traduzem-se na certeza das alegações da agravante, sendo certo que não pode haver obrigação sem que lei a preveja.

E lei, nesse sentido, não pode ser Resolução baixada por Plenário de pessoa jurídica na modalidade de autarquia estadual, ainda que de natureza especial.

Com efeito, a meu sentir, fere os cânones constitucionais da livre

Acesso ao Sumário

iniciativa, liberdade associativa e razoabilidade o ato que vincula registro de atos constitutivos e alterações subsequentes à vinculação prevista.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, posto que o indeferimento da tutela recursal antecipada equivaleria a se dizer que a agravante não pode operar livremente, praticando os atos jurídicos que lhe sejam pertinentes.

Ademais, é de se observar que da concessão da antecipação da tutela não emerge à parte adversa nenhuma espécie de dano, enquanto sua não concessão garante a certeza do dano à agravante em curto espaço de tempo, em decorrência do bloqueio anunciado pela decisão plenária da Junta Comercial ante a não apresentação do prévio arquivamento e registro da sociedade na OCESP.

No mesmo sentido:

Agravo de Instrumento. Antecipação de tutela. Anulatória de ato deliberativo da JUCESP c.c. pedido de antecipação da tutela. Deliberação nº 12/2012. Pretendida a antecipação da tutela a fim de determinar à requerida que se abstenha de exigir a apresentação de documento comprobatório de registro da requerente na OCESP. Pedido indeferido. Decisão que deferiu a antecipação de tutela mantida, porquanto presentes os requisitos necessários. Recurso provido. Dá-se provimento ao recurso interposto.

(AI nº 2024309-03.2013.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Anafe, j. 12/02/2014)

Em suma, na hipótese dos autos, a concessão, liminar, da antecipação dos efeitos da tutela é de rigor.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032122-47.2014.8.26.0000, da Comarca de Pontal, em que é agravante HOMERO CARLOS VENTURELLI, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.104)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação civil pública pela prática de improbidade administrativa – Lesão ao patrimônio público – Indisponibilidade de bens – Cabimento – Presença dos requisitos legais – Inteligência do art. 7º da Lei n.º 8.429/92 – Medida que visa assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional, que é o ressarcimento ao erário – Medida de índole cautelar, de cunho conservativo e não punitivo – Agravante não trouxe elementos contrários aos argumentos do Ministério Público – Decisão mantida – Recurso improvido.

Jurisprudência - Direito Público

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por Homero Carlos Venturelli contra a decisão de fls. 66/70, prolatada pelo MM. Juiz Aleksander Coronado Braido da Silva, que, nos autos de ação civil pública, deferiu liminarmente o pedido de indisponibilidade dos bens do Agravante e demais acusados pela prática de atos de improbidade administrativa.

Na oportunidade, entendeu o juízo "a quo" cabível a concessão da liminar, após análise de toda a narrativa fática, acompanhada da documentação apresentada pelo i. representante do *Parquet.*

Inconformado, pugna o Agravante pela reforma da r. decisão. Para tanto, sustenta, em síntese, que os elementos trazidos aos autos não são suficientes para manter a indisponibilidade decretada, que só deve ser adotada em hipóteses excepcionais. Nesse sentido, aduz que inexiste nos autos qualquer prova a corroborar para a sua participação no cometimento das irregularidades apontadas pelo membro do Ministério Público, vez que na qualidade de Secretário de Finanças da Municipalidade de Pontal, se responsabilizava, tão somente, pela liberação da receita para pagamento das despesas aprovadas pelo Prefeito. No mais, caso seja mantida a indisponibilidade, pugna para que tal medida não alcance o valor estipulado a título de multa civil.

Acesso ao Sumário

O efeito suspensivo pleiteado restou indeferido.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

A indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º e parágrafo único, da lei nº 8.429/92, é ferramenta fundamental à garantia da efetividade das decisões judiciais, no entanto, sua utilização desmedida pode acarretar grandes prejuízos

aos envolvidos muito antes de uma efetiva sentença condenatória. Assim, é importante ponderar a necessidade de efetividade da tutela jurisdicional com as garantias fundamentais do cidadão sobre os seus bens, antes de sentença com trânsito em julgado.

Bem analisados os autos, forçoso reconhecer que a indisponibilidade dos bens do Agravante é medida que se impõe diante dos graves atos de improbidade administrativa relatados na inicial, dando conta da prática de atos de direcionamento e fraude licitatórios, importando em prejuízo ao erário (art. 10, lei nº 8.429/92) e desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 37, "caput", CF e art. 11, lei nº 8.429/92).

Nesse contexto, afirma o i. membro do Ministério Púbico que o Agravante, na qualidade de Secretário de Finanças, participava ativamente das práticas ilícitas, autorizando e empenhando pagamentos ilegais às empresas contratadas, a partir de prévio ajuste com o prefeito da época, Antônio Frederico, com quem possui relação de parentesco.

Aliás, chama a atenção o Órgão Ministerial para o fato de que todos os pagamentos das empresas predestinadas à adjudicação do objeto licitado eram feitos através de cheques da Administração Pública, assinados tanto pelo Agravante como por referido mandatário, registrando, ainda, que as acusações foram corroboradas pela delação de Marcelo Tiépolo, que a par assumir sua participação nas fraudes, apontou o Agravante como um dos articuladores do esquema ilícito.

Assim, analisando as razões expostas pelo membro do Ministério Público, mostram-se razoáveis os argumentos invocados na inicial da ação civil pública, os quais foram encampados pela r. decisão agravada, o que legitima a indisponibilidade de bens do ora Agravante, ainda que não exista prova de dilapidação de patrimônio. Afinal, necessário se faz a constrição protegendo-se o interesse público e viabilizando a tutela jurisdicional.

Em casos análogos, já decidiu reiteradas vezes este Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LIMINAR DEFERIDA – INDISPONIBILIDADE DE VALOR – LIMITAÇÃO AO QUE FOI PEDIDO – CABIMENTO. O deferimento de liminar em ação civil pública, na qual se busca o ressarcimento do erário, por não observância da legislação de licitação, atende aos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, em especial por limitar ao valor objeto da ação. Decisão mantida. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento: 0050344-68.2012.8.26.0000, Relator Danilo Panizza, 1ª Câmara de Direito Público, j. em 22/05/2012).

LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Improbidade administrativa. Pretensão de afastamento liminar de Prefeito Municipal do exercício

Acesso ao Sumário

do mandato, sob a alegação de que sua permanência poderia causar dano ao erário e possibilitar a obstrução das investigações. Medida que, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, só pode ser imposta quando indispensável à adequada instrução processual. Inteligência do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. Caso concreto em que estão preenchidos os requisitos autorizadores da medida de afastamento cautelar do Prefeito Municipal, sem prejuízo dos vencimentos. Indisponibilidade de bens. Medida excepcional que, no caso dos autos, comporta deferimento em relação a todos os agravados. Presença do "fumus boni juris" e do "periculum in mora", sendo este último implícito. Desnecessidade de comprovação de atos tendentes à dilapidação de patrimônio, sob pena de se inviabilizar a medida. Precedentes do col. STJ. Agravo provido. (Agravo de Instrumento: 0257046-80.2011.8.26.0000, Relator Carvalho Viana, 8ª Câmara de Direito Público, j. em 13/06/2012) **(grifei)**

E o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, § 4º). PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. FUMUS BONI IURIS: INDISPENSABILIDADE.

1. A indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4º da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Daí o acertado entendimento do STJ no sentido de que, para a decretação de tal medida, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, dispensa-se a demonstração do risco de dano (periculum in mora), que é presumido pela norma, bastando ao demandante deixar evidenciada a relevância do direito (fumus boni iuris) relativamente à configuração do ato de improbidade e à sua autoria (REsp 1.203.133/MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJe de 28/10/2010; REsp 1.135.548/PR, 2ª. T., Min. Eliana Calmon, DJe de 22/06/2010; REsp 1.115.452/MA, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 20/04/2010; MC 9.675/RS, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 03/08/2011; EDcl no REsp 1.211.986/MT, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 09/06/2011; e EDcl no REsp 1.205.119/MT, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no REsp 1.256.287/MT, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 21/09/2011; e REsp 1.244.028/RS, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 02/09/2011).

2. No caso concreto, o acórdão recorrido afirmou a presença do requisito de fumus boni iuris com base em elementos fáticos da causa, cujo reexame não se comporta no âmbito de devolutividade próprio do recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Recurso especial desprovido, divergindo do relator (REsp 1.315.092/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira

Acesso ao Sumário

***Turma, j. em 05/06/2012).* (grifei)**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. GARANTIA DE EVENTUAL EXECUÇÃO. LIMITES. VALOR DO DANO AO ERÁRIO, ACRESCIDO DE POSSÍVEL IMPOSIÇÃO DE MULTA CIVIL, ESTIMADO PELO AUTOR DA AÇÃO. CONTA-CORRENTE. POSSIBILIDADE. PODERES DE CAUTELA E DE CONDUÇÃO DO FEITO PELOS MAGISTRADOS. OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS LEGAIS SOBRE VEDAÇÃO À INDISPONIBILIDADE.

1. É pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

2. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo ao erário na esfera de R$ 189.455,85 (cento e oitenta e nove mil e quatrocentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

3. Assim, aplica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, até a liquidação, devem permanecer bloqueados tantos quantos bens foram bastantes para dar cabo da execução em caso de procedência da ação.

4. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados – a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

5. É lícita a decretação de indisponibilidade sobre ativos financeiros do agente ou de terceiro beneficiado por ato de improbidade. (Precedentes: REsp 1078640/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 23/03/2010; REsp 535.967/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009)

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 100445/BA, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 15/05/2012).

Assim, o bloqueio de bens determinado pelo juízo "a quo" deve prevalecer, como medida forma de se evitar que a Administração sofra prejuízos, ao assegurar eficácia e utilidade à eventual sentença de procedência da ação.

Frise-se que a alegação do Réu, ora Agravante no sentido de que sempre agiu de boa-fé, não comporta acolhida, uma vez que, ao menos, a princípio, tinha a obrigação de se opor ao pagamento das contratações efetuadas em desconformidade à lei, na qualidade de gestor econômico do Município.

Ressalve-se, por oportuno, que a restrição a ser imposta aos bens dos corréus, até mesmo pela natureza da medida, deve englobar o montante necessário a resguardar futura reparação integral do dano ao erário, bem como multa civil.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

Agravo de Instrumento. Ação de Improbidade Administrativa. Decretação de indisponibilidade de bens (Lei n.º 8.429/92, art. 7º). Natureza cautelar da medida. Possibilidade de ser deferida sem audiência da parte adversa. Desnecessidade de prova de dilapidação do patrimônio por parte do réu. Providência que reclama apenas indícios do dano e da responsabilidade do agente. Presença de elementos suficientes à decretação da indisponibilidade. Possibilidade de bloqueio de bens através do Sistema Bacenjud. Valor do ressarcimento do dano que deve englobar a multa civil. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Decisão mantida. Recurso não provido.

(...)

A insurgência do agravante contra o bloqueio on line de seus ativos financeiros, através do Sistema Bacenjud, e a inclusão da multa civil no valor da reparação do dano igualmente não prosperam.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a questão, confira-se:

"***Cuida-se de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada incidentalmente à Ação Civil Pública n.º 0006132-21.2011.4.02.5101, proposta contra ato do ora requerente enquanto exercia o cargo de Ministro de Estado dos Esportes, com o objetivo de liberar valores bloqueados em sua conta-corrente, cuja indisponibilidade foi decretada por decisão do juízo da 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro proferida em 08.06.11. (...) Por outro lado, não é menos verdade que os valores depositados em conta-corrente podem ter natureza diversa da salarial e, portanto, devem se submeter à regra do art. 7º, da Lei 8.429/92*** " ***(STJ Decisão Monocrática MC 018.228 Rel. Castro Meira j. 1º.07.2011).***

"***Manifesta-se inconformismo com r. decisão de Primeiro Grau que, em Ação Civil Pública, concedeu a liminar e decretou a indisponibilidade e bloqueio, via on-line, dos valores depositados em nome dos réus em instituições financeiras, limitado ao valor total de R$ 535.367,50. (...) Desta forma, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que, a***

Acesso ao Sumário

indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do fumus boni iuris; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o periculum in mora está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as consequências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil" (STJ Decisão Monocrática AI em REsp. 020853 Rel. Benedito Gonçalves j. 20.10.2011).

Enfim, por todos os ângulos que se analise a questão a r. decisão recorrida tem sustentação e deve ser mantida. (Agravo de Instrumento nº 0100905-62.2013.8.26.0000, Relator Rui Stoco, j. em 17/06/2013).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Suposta fraude na contratação dos agravantes para a realização de concursos públicos – Liminar que determinou a indisponibilidade dos bens dos requeridos até o limite do ressarcimento pretendido – Admissibilidade da medida no caso – Para a aplicabilidade da sanção de indisponibilidade dos bens não é necessário que tenha ocorrido lesão ao erário público apenas enriquecimento ilícito – Existência de indícios da prática de enriquecimento ilícito por parte dos agravantes, o que é suficiente para o processamento da ação e imputação da medida de indisponibilidade de bens – A medida de indisponibilidade visa assegurar ao erário público o pagamento de eventual condenação patrimonial, assim, o montante equivalente à multa civil deve integrar a quantia constrita. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 0145956-33.2012.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Eduardo Pachi, j. em 06/02/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Indisponibilidade dos bens. Alegação de excesso na ordem de constrição. Hipótese não configurada. Providência recepcionada pela legislação para assegurar o resultado útil do processo, considerando, para tanto, que a ação de improbidade administrativa pretende obter provimento jurisdicional condenatório para o ressarcimento ao erário de R$ 690.008,24, acrescido de multa civil equivalente ao dobro do valor do dano material. Aplicação do artigo 7º e parágrafo único da Lei n. 8.429/92. Agravante que não comprovou documentalmente, por meio de CRLV, como seria de rigor, a propriedade dos 73 caminhões, tampouco o bloqueio desses veículos. Ausência de verossimilhança da alegação de excesso de constrição. Avaliação pela Tabela Fipe que não

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

considera as condições individuais de cada veículo e, por isso, não espelha o real valor de mercado. Ausência de prova cabal de que a constrição é apta a assegurar o integral ressarcimento do dano, inclusive, da multa civil. Fundado receio atinente à frustração da ação civil pública. Cabimento da tutela de urgência. Manutenção do ato judicial. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento nº 0083334-78.2013.8.26.0000, Relator José Maria Câmara Júnior, j. em 22/05/2013).

Nesses termos, considerando que a medida de indisponibilidade visa a assegurar ao erário público o pagamento de eventual condenação patrimonial, deve o montante equivalente à multa civil integrar a quantia bloqueada.

Por tudo isso, verifica-se que o Agravante não logrou êxito em comprovar o contrário do afirmado pelo Ministério Público, não havendo como se alterar a decisão guerreada.

Por derradeiro, considera-se pré-questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. (EDROMS 18205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 08.05.2006 p. 24).

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064675-50.2014.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante SARDENHA INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são agravados ILMO. SR. SECRETÁRIO DE HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO DO MUNICÍPIO DE DIADEMA e ILMO. SR. SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE DIADEMA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2959)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BORELLI THOMAZ (Presidente) e DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança Preventivo – Condicionamento da expedição de Certificado de Conclusão de Obra (Habite-se) ao pagamento de ISSQN – Indeferimento da liminar – Insurgência – Cabimento – Presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – Impossibilidade da utilização de meio indireto de coação destinado a compelir o contribuinte ao pagamento de tributo – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento manejado por **Sardenha Investimentos Imobiliários Ltda**. em face do **Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano** e do **Secretário de Finanças do Município de Diadema,** nos autos do mandado de segurança em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública daquela Comarca.

Vindica a agravante a desconstituição da r. interlocutória dardejada, a fim de que as autoridades coatoras abstenham-se de condicionar a expedição do Certificado de Conclusão de Obra ao prévio recolhimento de ISSQN, bem como procedam a expedição daquele com a verificação do atendimento às normas edilícias locais e prossigam no lançamento do imposto, independentemente da expedição do Certificado.

Recurso tempestivo, processado com antecipação da tutela recursal, e não-contrariado, diante da ausência de estabelecimento da relação processual na origem.

Tal, em abreviado, o relatório.

O *mandamus* originário do presente recurso foi manejado pela agravante, em face do **Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano** e do **Secretário de Finanças do Município de Diadema**, objetivando compeli-los a emitir o Certificado de Conclusão de obra, independente do recolhimento de imposto.

Aduz que em 08.04.2014 protocolou pedido de Alvará de Conclusão de Obra, todavia, este somente é expedido com a comprovação de prévio recolhimento de imposto (ISSQN/HABITE-SE) o que, todavia, reputa ser inconstitucional.

Acesso ao Sumário

O MM. Juiz *a quo* diante da controvérsia do direito almejado indeferiu a liminar pleiteada.

Desafiando o referido *decisum* insurge-se a agravante pelo presente recurso.

Jurisprudência - Direito Público

Em síntese, alega que, malgrado a construção de edifício residencial com a observância das normas edilícias locais, as autoridades impetradas não expediram o Certificado de Conclusão de Obra, condicionando tal providência à comprovação de prévio recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN/HABITE-SE).

Discorre que para a expedição do almejado Certificado, após a apresentação de específica documentação, os autos do procedimento são encaminhados à Secretaria de Finanças do Município para o cálculo do imposto. Aduz que o procedimento para o cálculo do imposto ainda levará tempo para encerramento, não havendo justificativa para que a recorrente aguarde o seu desfecho para a expedição da Certidão, vez que na prática é rechaçada pelos Tribunais, que a consideram sanção política.

Pugna assim, pela concessão da liminar, a fim de que as autoridades coatoras abstenham-se de condicionar a expedição do Certificado de Conclusão de Obra ao prévio recolhimento de ISSQN, expedindo-o com a confirmação do atendimento às normas edilícias locais e prossigam ao lançamento do imposto, independentemente da expedição do Certificado.

Em que pese ao r. *decisum*, o recurso comporta provimento.

Como é cediço, o *mandamus* é remédio constitucional, disciplinado pela **Lei Federal nº 12.016/2009,** destinado a amparar direito líquido e certo violado em razão de abuso de poder do impetrado.

Desse modo, a concessão de liminar em mandado de segurança (**art. 7º, III da Lei**) tem como pressupostos a *aparência do bom direito*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, num primeiro juízo de mera verossimilhança, bem como o *fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação* de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, de modo a tornar ineficaz o provimento jurisdicional pleiteado.

Traduz-se em medida a ser apreciada a critério do juiz, o qual, ao examinar a inicial e os documentos anexados, pode concedê-la ou não, observado o *princípio da persuasão racional*.

Acesso ao Sumário

No caso, malgrado a decisão combatida ter negado a liminar pleiteada ante a controvérsia em relação a matéria ora discutida, fato é que não é possível condicionar a expedição da Certidão de Conclusão de Obra ao pagamento de tributos.

É consabido que o poder de polícia conferido à Administração Pública configura atividade apta a restringir e condicionar a liberdade e a propriedade, no escopo de preservar o interesse público.

Todavia, a exigência da lei municipal de pagamento de ISSQN para expedição do Certificado de Conclusão de Obra (habite-se) demonstra-se, ao menos *prima facie*, incabível, porquanto não prevista na **Lei Complementar**

nº 116/2003 tampouco no **Código Tributário Nacional**, configurando meio de coação para quitação de débitos fiscais.

Dessa forma, possuindo a Fazenda Municipal meio adequado para execução de créditos fiscais, consoante o disposto na **Lei de Execuções Fiscais**, em análise perfunctória peculiar ao estágio processual, tem-se inadequada a referida norma que impõe medidas indiretas de coação visando o recolhimento do tributo.

Nesse sentido, há precedente deste **E. Tribunal** e do **A. STJ**:

MANDADO DE SEGURANÇA. Empreendimentos imobiliários. Negativa de concessão de certidão de regularidade fiscal e habite-se, em razão de débitos de ISS. Denegação da segurança. Descabida a análise acerca de fato gerador e valores relativo ao imposto sobre serviços, pois prescindível dilação probatória, esta, aliás, inadmissível em âmbito desse "mandamus". Contudo, possível a análise da expedição de "habite-se" condicionado à quitação de débito tributário. Inadmissibilidade. Meio de coação ao pagamento dessa dívida não prevista no Código Tributário Nacional. Exigência não respeitante à autorização para habitação e a normas de segurança. Desbordamento ao poder de polícia. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível nº 0017991-10.2012.8.26.0053, Desembargadora Relatora Vera Angrisani, 2ª Câm. de Dir. Púb., j. 03.09.2013)

Com isso, vislumbra-se a presença do *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora* decorre do fundado risco de dano irreparável e de difícil reparação que a impetrante possa sofrer em razão do óbice imposto ao exercício de sua atividade econômica.

Do exposto, a liminar deve ser deferida, a fim que a autoridade coatora abstenha-se de condicionar a expedição de Certificado de Conclusão de Obra ao prévio recolhimento de imposto, expedindo-o desde que preenchidos os demais requisitos legais, prosseguindo-se com o lançamento do imposto de acordo com os parâmetros da lei.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048224-47.2014.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes WILLIAM CESAR SCATENA, LUCIANO AMADIO FILHO e SIDNEY BRANCO DE PAIVA PESSOA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AI-3.721/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 16 de junho de 2014.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: IMPROBIDADE. Campinas. Licitação irregular. Revitalização da Rua 13 de Maio. Sócios da contratada. Recebimento da inicial. – Nos termos do art. 17 § 8º da LF nº 8.429/92, o juiz rejeitará a ação se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. A inicial pouco descreve a conduta da empresa e nada diz sobre a conduta de seus sócios, que com ela não se confundem, a impossibilitar a análise da conduta e do elemento subjetivo de cada um. Nesses termos, não há como prosseguir a ação, anotado que os sócios se defendem de ato próprio não necessariamente coincidente com os atos da empresa. – Agravo provido para rejeitar a inicial em relação aos sócios ora agravantes.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 194, aqui fls. 24 que recebeu a inicial e determinou a citação dos réus em ação de improbidade; os réus WILLIAM CESAR SCATENA, LUCIANO AMADIO FILHO e SIDNEY BRANCO DE PAIVA PESSOA alegam serem sócios da empresa vencedora da licitação para a revitalização da Rua 13 de Maio e entorno, em Campinas; nenhuma irregularidade praticou a empresa ao atender o edital e apresentar a melhor proposta, inexistia qualquer relação contratual ou pessoal da empresa ou dos sócios com a administração campineira; a inicial não descreve nenhuma conduta praticada pelos sócios que se enquadre nos arts. 10 e 11 da LF nº 8.429/92 e a ação é um abuso contra estes réus; insistem no não recebimento da inicial.

Acesso ao Sumário

Os agravantes juntaram cópia da inicial (fls. 2/31, aqui 112/141). O Ministério Público respondeu (fls. 143/149).

É o relatório.

2. O Ministério Público move ação contra Izalene Tiene, ex-prefeita; Valter Ventura da Rocha Pomar, ex-secretário municipal de Cultura, Esportes e Turismo; empresa Varca Scatena e contra seus sócios William Cesar Scatena, Luciano Amadio Filho, Suely dos Reis Medaglia, Helvetio Pereira Rocha Filho e Sidney Branco de Paiva Pessoa alegando irregularidades na licitação, na execução e no pagamento das obras de revitalização da Rua 13 de Maio e entorno, em Campinas. As irregularidades consistiram na inclusão no edital de cláusula restritiva de nº 7.6.4. letras ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’ (a exigência de quatro profissionais classificados como ‘senior’ com experiência mínima de dez anos) que apenas a Varca Scatena atendia e que foi considerada irregular pelo Tribunal de Contas; alteração do objeto do contrato sem o correspondente aditamento; execução desconforme ao projetado e com péssima qualidade, obrigando o município a refazer parte dela a custo significativo; e pagamento de serviços não executados. A obra foi contratada de afogadilho e com o prazo de 150 dias, a tempo de ser inaugurada antes das eleições municipais de 2004; mas não ficou pronta e foi abandonada pela empreiteira em 15-12-2004.

A inicial descreve a conduta e a responsabilidade dos agentes públicos na contratação, na execução e no pagamento dos serviços; mas pouco diz da conduta da empreiteira (salvo a má execução dos serviços, que a ré contesta e é objeto de ação própria) e nada diz da conduta dos sócios, que não se confundem com a pessoa jurídica (fls. 28/30, aqui fls. 138/140). A conduta da empresa não se equipara à conduta dos sócios, que com ela não se confundem; o elemento subjetivo (culpa ou dolo) exigido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é traço individual que merece descrição e diferencia a participação de cada réu. A inicial nada diz de sua participação na sociedade, de sua participação na licitação, no contrato ou na execução das obras; não traz elementos mínimos que justifiquem a sua inclusão no polo passivo, desatendendo assim à necessária descrição dos fatos e do elemento subjetivo que vinculam cada réu à conduta ímproba. Descabe falar na imputação genérica (contraminuta); pois relega-se a prova à fase seguinte do processo, mas não a imputação em si. Não se trata de discussão sobre a insuficiência da prova como diz o juiz, mas da inexistência mesma da imputação. Os réus têm razão, sem prejuízo do aditamento da inicial ou da adequada descrição e enquadramento da conduta de cada um na Lei de Improbidade.

O voto **é pelo provimento do agravo** para, nos termos do art. 17 § 8º da LF nº 8.429/92, rejeitar a inicial em relação aos réus WILLIAM CESAR SCATENA, LUCIANO AMADIO FILHO e SIDNEY BRANCO DE PAIVA PESSOA, sócios da empreiteira mantida no polo passivo. Sem custas ou honorários, ante a qualidade do autor. Comunique-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077782-64.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é agravada PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.103)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 26 de junho de 2014.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Crédito com exigibilidade suspensa por liminar em ação anulatória – Almejada extinção da execução – Inadmissibilidade – Causa de suspensão superveniente à propositura da execução – Hipótese em que a execução deve ser apenas sobrestada até o julgamento da demanda anulatória – Precedente do STJ ao qual se imprimiu o regime do art. 543-C do CPC – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da ação declaratória intentada pelo ora recorrente, deferiu o pedido de suspensão do feito formulado pela Municipalidade-agravada. Busca o agravante a reforma do *decisum* para que a exceção de pré-executividade apresentada seja julgada desde logo, argumentando, em síntese: o crédito cobrado no executivo fiscal encontrava-se com a exigibilidade suspensa, nos moldes do art. 151, II do CTN, em razão dos depósitos judiciais realizados nos autos da Ação Anulatória nº 0028807-56.2009.8.26.0053; de outra banda, pugna pela nulidade da CDA, ante a ausência dos requisitos de certeza e exigibilidade do título; por fim, aduz a ausência de utilidade da execução, por falta de interesse, uma vez que o montante integral do crédito tributário foi depositado na ação acima indicada.

Regularmente processado, seguindo-se resposta.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O desprovimento do agravo é de rigor, porquanto escorreita a decisão atacada.

A documentação coligida aos autos deixa ver que, tendo conhecimento de que a exigibilidade do crédito estava suspensa por força de liminar concedida na ação anulatória, a Municipalidade de São Paulo pediu ao juízo da execução o sobrestamento do feito, até o julgamento daquela demanda. Na sequência, o banco agravante apresentou exceção de pré-executividade (copiada a fls. 87/95), pretendendo, em suma, fosse extinto o executivo fiscal. O Douto Juízo *a quo* houve por bem tão somente sobrestar o andamento da execução até o julgamento da ação anulatória. Daí este agravo.

De fato, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, II, do CTN, tem entre seus atributos, o efeito de impedir a Fazenda de promover os atos de cobrança, entre os quais figura, em especial, o ajuizamento da execução fiscal.

Todavia, como bem entendeu o magistrado *a quo*, o ajuizamento da execução fiscal em 24.09.2009 precedeu à suspensão da exigibilidade, que se verificou em 09.11.2009, não sendo, portanto, caso de extingui-la, mas de sobrestá-la.

A conclusão não poderia ser diferente.

Com efeito, quando o ente público, a despeito de estar suspensa a exigibilidade do crédito, move uma execução fiscal para cobrá-lo, a extinção do feito é obrigatória, haja vista ter-se iniciado sem um dos pressupostos para seu desenvolvimento válido.

Entretanto, quando a suspensão da exigibilidade é superveniente ao ajuizamento da execução, não há que se falar em falta dos pressupostos para desenvolvimento válido do processo. Afinal, quando da propositura, não existia qualquer obstáculo à cobrança do crédito, de maneira que, nessa última hipótese, não há razões para se extinguir o processo.

É o que ensina a doutrina pátria especializada em processo tributário, do qual é exemplo o magistério de Cleide Previtalli Cais ("O Processo Tributário", 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 503), conforme o qual, "*caso a execução fiscal seja proposta antes de o autor propor a ação anulatória garantida por depósito do valor do débito, (...), deve o autor comunicar o fato ao juízo da execução fiscal requerendo seja determinada a suspensão do curso do processo de execução*".

Este, aliás, é o entendimento há muito tempo perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1140956/SP (1ª Seção, Rel. Ministro LUIZ FUX, v.u., DJe. 03.12.2010), cujo acórdão respectivo foi submetido ao regime do art. 543-C do CPC, de cujo acórdão transcreve-se a

Jurisprudência - Direito Público

seguinte ementa:

"*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, II, DO CTN). ÓBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUIZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.*

1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.

(...) 10. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008".

O efeito da suspensão da exigibilidade tributária de obstar a propositura de execução fiscal deve ser verificado no momento da propositura desta, e não no momento em que o executado ingressa no feito. Entendimento diverso implicaria penalizar o exequente quando este exercita regularmente seu direito de ação.

Por fim, não se pode acolher o argumento de que é inútil a suspensão do executivo fiscal. Afinal, extinguir a execução, como quer o agravante, implicará obrigar o Município a ajuizá-la novamente, no futuro, caso seja julgada improcedente a demanda anulatória, providência evidentemente despicienda e que imporia desnecessário ônus ao exequente, o qual, repise-se, ajuizou corretamente a execução.

Assim, convém realmente, tal como consignado na decisão agravada, suspender o curso da execução até que seja julgada a referida ação anulatória.

Ante o exposto, em suma, meu voto propõe negar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2070108-35.2014.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é agravante TRANSPORTES GRECCO LTDA., é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17729)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente), MARIA OLÍVIA ALVES e EVARISTO

DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de junho de 2014.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA – Ação de obrigação de não fazer – Certidão de dívida ativa – Protesto – Pretensão à sustação dos atuais e à abstenção de novos protestos – Impossibilidade, no momento – Protestos fundados em lei, que se presume constitucional (Lei 12.767/12) – Reconhecimento, ademais, da legitimidade do protesto por esta Corte e pelo STJ – Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida a fls. 31/32 que, nos autos da ação de rito ordinário ajuizada pela agravante em face da Fazenda do Estado de São Paulo, indeferiu o requerimento de antecipação da tutela.

Sustenta a recorrente, em apertada síntese, que a Lei 9.492/97, que dá fundamento ao protesto da CDA, é inconstitucional, em primeiro lugar, porque somente lei complementar pode regular matéria tributária e, em segundo, porque houve vício formal na elaboração da Lei 12.767/2012, que sofreu emenda parlamentar que introduziu elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela Presidência da República. Aduz também a ilegalidade do protesto, por proibir-se a possibilidade de parcelamento do ICMS pelo contribuinte de forma discriminatória.

Recurso tempestivo e não respondido, porquanto ainda não formada a angulação processual.

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal.

FUNDAMENTOS.

A autora pretende a antecipação da tutela para que os atuais protestos feitos contra si pelo Estado de São Paulo sejam sustados, bem assim para que o réu se abstenha de levar a protesto novas certidões de dívida ativa.

A r. decisão agravada indeferiu o pedido.

E com acerto.

A recorrente fundamenta seu pleito com apontamentos de inconstitucionalidades e ilegalidades na Lei 9.492/1997, com a redação dada

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

pelo art. 25 da Lei 12.767/2012.

Todavia, como bem anotou o eminente Desembargador Francisco Vicente Rossi, "*Nosso ordenamento jurídico se baseia no princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Assim, todas as leis presumem-se constitucionais até que haja alguma decisão, liminar ou definitiva, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, antes da qual, não se pode afastar a eficácia das disposições normativas vigentes.*

O controle de constitucionalidade se liga à idéia da Supremacia da Constituição, que impõe uma relação de compatibilidade vertical a todo ordenamento infraconstitucional. Declarada inconstitucional uma lei ou ato normativo federal ou estadual, essa decisão produzirá, em regra, efeitos ex tunc, desconstituindo, desde sua origem, não só o ato declarado inconstitucional, como todas as conseqüências jurídicas dele derivadas, salvo se o STF optar por aplicar a técnica da modulação dos efeitos da decisão, pela qual poderá, 'por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27, da Lei n° 9.868/99)'." (AC 900.255.5/3-00, 11ª Câmara de Direito Público, j. 10.8.2009, v.u.)

Nesse mesmo sentido, é o precedente do Supremo Tribunal Federal, anotado na obra *Constituição do Brasil Interpretada*, de Alexandre de Moraes, 8ª edição, Atlas, 2011, p. 1318:

"*No sistema de controle difuso de constitucionalidade de ato normativo vigora indiscutivelmente o princípio da presunção da constitucionalidade do ato normativo impugnado como inconstitucional, princípio esse que as nossas Constituições têm consagrado com a regra de que a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais só pode ser feita com o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial*" (ADI 97-7/RO, Plenário, Ministro Moreira Alves, Repertório IOB de Jurisprudência nº 10/90, pp. 144/147).

Por outro lado, não há prova nos autos de que a ré tenha frustrado pretensão da autora de parcelar sua dívida, de sorte que nem sequer é possível a análise da afirmada ilegalidade do protesto.

Além do mais, há precedentes nesta Corte em que o protesto de certidão de dívida ativa foi tido por legítimo:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. Protesto. Possibilidade. Extensão do protesto a outros documentos de dívida. Inteligência das Leis 11.331/02 e 9.941/97, esta com as alterações promovidas pela Lei 12.767/12. Título executivo extrajudicial. Parecer Normativo nº 076/05-E. Precedentes. Recurso desprovido*". (AI 2028153-24.2014.8.26.0000, 10ª Câm. Dir. Público, Rel. Des. Marcelo Semer, j. 10.3.2014, v.u.)

"*APELAÇÃO – Ação condenatória de obrigação de não fazer. Protesto de CDA. Admissibilidade. Parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97, incluído*

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

pela Lei 12.767/12. Recurso desprovido" (AC 0204178-33.2008.8.26.0000, 14ª Câm. Dir. Público, Rel. Des. João Alberto Pezarini, j. 12.12.2013, v.u.).

Cabe ainda anotar recente precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O 'II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO'. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.*

1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.

2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas 'entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas'.

3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.

4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer 'títulos ou documentos de dívida'. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.

5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.

6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.

7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade.

8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.

10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o 'Auto de Lançamento', esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.

11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve 'surpresa' ou 'abuso de poder' na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto.

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o 'II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo', definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a 'revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo'.

15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação – naturalmente adaptada às peculiaridades existentes – de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de

Acesso ao Sumário

gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ." (REsp 1126515/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013)

A r. decisão agravada deve, pois, ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2029676-71.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MIRELE DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS, são agravadas IRMANDADE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.305)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 7 de julho de 2014.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – indeferimento de tutela antecipada para realização de cirurgia de coluna (escoliose idiopática grave) – presença dos pressupostos autorizadores da medida – prevalência da necessidade e da urgência do procedimento cirúrgico em atendimento a paciente – dever do Estado em garantir a saúde da população – decisão reformada – paciente e mãe se recusam a assinar termo para a realização de transfusão sanguínea – autora e sua mãe adeptas da religião de Testemunha de Jeová – cirurgia que envolve transfusão de sangue – risco de sangramento, de falta de oxigenação na medula espinhal – pedido de não transfusão que não foi objeto da inicial – representação processual por

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

instrumento público – necessidade com observação. Recurso provido com observações.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 43, destes autos digitais que indeferiu a liminar postulada não permitindo que a primeira requerida ora agravada não realizasse intervenção cirúrgica por não haver provas documentais suficientes.

Pretende a agravante a concessão de liminar para a realização da cirurgia e que seja considerada válida a procuração "ad judicia".

O recurso foi processado com a antecipação de tutela (fls. 50/51).

Adveio a contraminuta da Santa Casa requerendo: 1) a intimação da agravante para se manifeste nos autos expressamente confirmando a negativa quanto a realização da transfusão de sangue; 2) caso persista a negativa, requer que se determine a Fazenda Estadual que providencie a realização de cirurgia em outra instituição que utilize outro recurso terapêutico utilizado em outros nosocômios que visa suprir a transfusão de sangue; 3) caso seja mantida a determinação para que a Santa Casa realize o procedimento, requer que seja suprida judicialmente a autorização para transfusão de sangue (fls. 62/70).

A Fazenda Estadual contraminutou e sustentou que a agravante está em programação cirúrgica na Santa Casa aguardando a reserva de leito em unidade de terapia intensiva (UTI) para o dia 8.5.14. Em sede de preliminar arguiu a falta de interesse recursal (fls. 96/97).

É o relatório.

2. A preliminar invocada pela Fazenda Estadual é insustentável.

Resta claro o interesse processual eis que a agravante necessita da cirurgia a qual espera há mais de seis anos.

O recurso merece prosperar com observações.

Vislumbrando-se que a agravante está acometida de escoliose idiopática grave e necessita de procedimento cirúrgico urgente para a correção de sua coluna, e que está correndo risco de vida tendo em vista que seu quadro clínico vem evoluindo rapidamente com a compressão dos pulmões e coração, assim, sopesando a gravidade das consequências que a falta da cirurgia trará à paciente, concluiu-se pela prevalência da manutenção da tutela antecipada já concedida, para que a primeira requerida realize a cirurgia indicada, sendo certo que este foi o pedido contido na ação principal e neste recurso.

Acesso ao Sumário

Frise-se que o procedimento requisitado foi indicado por médico (fls. 31 e 92/94), sendo suficiente como suporte para uma decisão judicial, não competindo ao órgão do Poder Judiciário exarar qualquer juízo de valor sobre a

eficácia deste ou daquele tratamento no combate de um mal.

No caso, a antecipação da tutela se justifica, pois existente prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem assim o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, para a autora da ação (artigo 273, I, do Código de Processo Civil).

No entanto, cabe tecer algumas observações.

Quanto a necessidade de transfusão de sangue na paciente decorrente de futuro procedimento cirúrgico, tem-se que embora não tenha sido este o pedido formulado nos autos, verifica-se pelas informações exaradas pela Santa Casa de Misericórdia às fls. 62/70 e fls. 100/101, que a paciente e seus familiares se recusam a assinar o termo que autoriza a realização de transfusão de sangue pelo fato de seguirem a religião de "Testemunha de Jeová" que inibe tal procedimento.

Ora, não se pode impingir ou punir a Santa Casa pelo fato de não poder realizar o procedimento cirúrgico se a agravante e sua mãe não autorizam a realização da transfusão de sangue, eis que sabedoras de que a ausência deste procedimento poderá colocar em risco a vida da agravante causando deficiência de oxigenação na medula espinhal gerando paralisia definitiva ou quiçá o óbito.

Por outro lado, esclarece a Santa Casa que há outro procedimento terapêutico sem que haja a necessidade da realização da efetiva transfusão de sangue. Tal procedimento é denominado de "expansores plasmáticos" que podem ser cristalóides ou colóides (naturais ou de síntese), suprindo, portanto, a transfusão sanguínea. Este recurso é aplicado em pacientes que não podem ou se recusam a receber transfusão de hemoderivados, como é a hipótese dos autos. Todavia, a Santa Casa informou que não possui esta tecnologia.

Assim sendo, trata-se de uma situação delicada, mas como dito alhures não se pode punir a Santa Casa caso não proceda a cirurgia pela falta de anuência da agravante e de sua mãe a consentirem a realização da transfusão sanguínea, procedimento este necessário para salvaguardar a vida da agravante.

No que se refere a representação processual, de fato é necessário que se regularize. Contudo, em face da urgência da situação, tal representação deve ser regularizada por instrumento público num prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação deste acórdão, juntando-se, após a providência determinada o instrumento público na ação inicial.

Por oportuno, dado a circunstância de a agravante não poder arcar com os custos da procuração por instrumento público, concedo a gratuidade para tal mister.

3. Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso da agravante com as observações contidas no corpo deste voto.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 3000271-57.2013.8.26.0145/50000, da Comarca de Conchas, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ADRIANO ROBERTO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.296)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Transferência de veículo para o nome do impetrante, satisfeitas a exigências cabíveis. Admissibilidade. Na ausência de qualquer indício de quebra na cadeia registrária a ensejar o óbice administrativo combatido no *mandamus*, não há vedação legal que impeça a transferência tal como pretendida. Decisão confirmada. Agravo não provido.

VOTO

Tempestivo agravo tirado pela Fazenda Estadual da decisão proferida a f. 102/5, que, com espeque no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso da agravante deduzido contra sentença que concedeu mandado de segurança impetrado pelo agravado, *para determinar que o Impetrante possa efetivar a transferência do veículo pormenorizado na inicial em seu nome, satisfeitas as exigências cabíveis.*

Bate-se pela submissão da lide ao colegiado e repete as teses adrede delineadas (f. 108/12).

É o relatório.

Assim dispus na decisão agravada:

Acesso ao Sumário

Os documentos trasladados a f. 17/22 demonstram que o veículo esteve por vários anos registrado em nome do senhor Jackson Clayton de Almeida – ora alienante do veículo – sem qualquer irregularidade aparente.

Segundo o artigo 123 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe o seguinte: *Será obrigatória a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo quando: I – for transferida a propriedade.*

E ainda: *1º No caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias, sendo que nos demais casos as providências deverão ser imediatas.*

...

§ 3º A expedição do novo certificado será comunicada ao órgão executivo de trânsito que expediu o anterior e ao RENAVAM.

Há nos autos a cópia de sobredito certificado em nome do senhor Jackson Clayton de Almeida, o que leva a presumir que o órgão executivo de trânsito, ainda que não tenha arquivado as informações, tenha sido oportunamente notificado da transferência de propriedade ora questionada.

Na ausência de qualquer indício de quebra na cadeia registrária a ensejar o óbice administrativo combatido nesta ação – o que pressupõe respeito ao princípio da continuidade –, não há vedação legal que impeça a transferência tal como pretendida, inexistindo, outrossim, norma que condicione o direito pleiteado pelo apelado à comprovação de operações prévias a que se pretende efetivar.

O caso, em outras palavras, aponta para extravio de prontuário, mercê de desorganização administrativa, como apontado na sentença.

Claro é sujeitarem-se tanto o alienante quanto o adquirente à responsabilidade por eventuais prejuízos que da medida requerida possam advir a terceiros de boa fé.

Posto isso, nego seguimento ao recurso, cuja manifesta improcedência autoriza desate monocrático (CPC, art. 557, *caput*).

As razões de recurso não apontam ocorrência de *error in judicando*.

Ratifico a decisão vergastada, pois, de modo a denegá-lo.

Para efeito de exercício de recursos nobres, deixo expresso que o desate não ofende norma legal alguma, constitucional ou infraconstitucional. Consigno, ainda, que foram consideradas todas as normas destacadas pelos litigantes, mesmo que não citadas expressamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº

Acesso ao Sumário

9184074-27.2009.8.26.0000/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO, são agravados ADAUTO RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e DANIELA KARINA RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.716)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 30 de maio de 2014.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: AGRAVO INTERNO

Responsabilidade Civil – Fornecimento de água – Interrupção – Ordem judicial – Erro – Danos morais – Indenização – Redução – Possibilidade:

– Não demonstrada qualquer inconsistência no fundamento da decisão, baseada na jurisprudência dominante de tribunal superior, é manifestamente infundada a irresignação do agravante, salvo no tocante ao valor do dano moral.

Ementa da decisão: RESPONSABILIDADE CIVIL

Fornecimento de água – Interrupção – Ordem judicial – Erro – Danos morais – Indenização – Possibilidade:

– A ampla defesa e o devido processo legal não justificam a realização de provas inúteis ou protelatórias.

– Responde a Administração pelos danos causados por sua negligência ou falha no serviço público.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Alega a Fazenda do Estado que a pretensão recursal não se restringe ao cerceamento de defesa, pois também envolve a ilegitimidade passiva – o corte de água que teria gerado os danos em questão foi feito pelo DAERP – e a ausência de responsabilidade civil em razão de culpa exclusiva de terceiro.

FUNDAMENTOS

O presente agravo interno não refuta os fundamentos da decisão

monocrática, a seguir repetidos e ora adotados neste voto.

1. Desnecessária a requisição de cópia do mandado judicial que determinou a interrupção do fornecimento de água, pois o documento foi apresentado pelos autores (fls. 36) e pelo Daerp (fls. 124).

A Fazenda do Estado não esclarece, nem mesmo no presente recurso, a utilidade, para sua defesa, dos demais documentos que relacionou – fls. 29, 30, 31, 33, 34, 35, 55, 100 e 100v dos autos do processo nº 1.458/07, da Vara da Infância e da Juventude e do Idoso da Comarca de Ribeirão Preto –, e que contêm, segundo ela, manifestações do Ministério Público sobre a necessidade do corte de água.

Cumpre observar que não se discute sobre a necessidade do corte do fornecimento de água na casa de repouso, mas da incorreção no mandado judicial que causou danos ao autor e sua família, portanto evidente a inutilidade dos documentos requisitados pela Fazenda do Estado.

As garantias do contraditório e da ampla defesa não podem servir de pretexto para a produção de provas totalmente ineficientes, autorizando o art. 130, in fine, do Código de Processo Civil o indeferimento de "*diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

A jurisprudência já é pacífica no sentido de que não ofende o contraditório e a ampla defesa o indeferimento de provas inúteis, ou supérfluas, diante do material já demonstrado nos autos, a saber:

> "*(...)*
>
> *Portanto, ao contrário do afirmado pela ora recorrente, o deferimento da prova testemunhal não é obrigatório, devendo o juiz analisar no caso concreto a sua admissibilidade, até mesmo como medida de celeridade processual, evitando-se a produção de prova inócua nos autos, eis que regido o processo civil pelo princípio da persuasão racional, insculpido nos arts. 131 e 330 do CPC.*
>
> *Nessa linha, seguem os seguintes julgados desta Corte:*
>
> *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO OCORRENTE. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL CERTA. AUSÊNCIA DE TERMO ESTABELECIDO PARA O CUMPRIMENTO. CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA. CITAÇÃO. EXEGESE DOS ARTS. 960 DO CC/16 E 219 DO CPC.*
>
> *1. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção dessa ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e*

necessidade da sua produção. (...)

3. Recurso especial não provido. (REsp 879.677/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 29/11/2011).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO.

1. A irresignação que visa desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido para decidir a causa encontra óbice no Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

2. O julgamento antecipado da lide é possível quando o Magistrado, destinatário final da prova, em sintonia com o sistema de persuasão racional, considera desnecessária a produção de outras provas, não configurando, neste caso, cerceamento de defesa. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg REsp 1185079/AM, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, DJe 26/10/2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. AFRONTA AO ART. 535, I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CPR. GARANTIA POR PENHOR. LEGALIDADE. DOCUMENTOS JUNTADOS. MANIFESTAÇÃO. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ENTENDIMENTO CONSONANTE COM O DESTA CORTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. (...)

6. Sendo o juiz o destinatário final da prova, cabe a ele, em sintonia com o sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil, dirigir a instrução probatória e determinar a produção das provas que considerar necessárias à formação do seu convencimento.

7. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento, no mesmo sentido do decidido pelo Tribunal de origem, de que o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

(...)

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1149920/MT, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO

Acesso ao Sumário

TJ/RS), TERCEIRA TURMA, DJe 26/10/2010).

(...).” (Decisão monocrática proferida no AREsp 164579/MS, relatado pelo Ministro FRANCISCO FALCÃO, publicada em 15.8.12)

“(...)

Quanto ao tema de fundo, não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, sem a produção de prova, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento.

Com efeito, devem ser levados em consideração os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz que, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento das que considerar inúteis ou protelatórias.

Dessa forma, não há falar em nulidade processual, por ausência de produção de prova, uma vez que a decisão vergastada procedeu à devida análise dos fatos e a sua adequação ao direito.

Além disso, rever os fundamentos, que levaram a tal entendimento, demandaria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

‘PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 126, 130, 165, 332, 333, 458 e 916, § 2º, DO CPC. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE NOVA PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.

1. O reexame do conjunto fático-probatório carreado aos autos é atividade vedada a esta Corte superior, na via especial, nos expressos termos do enunciado sumular nº 07 do STJ.

2. Entendendo o julgador que há elementos suficientes para o julgamento da lide, em razão das provas já produzidas no processo, não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento de prova pericial, a teor do art. 420, parágrafo único do CPC (Precedentes: REsp n.º 215.011/BA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU de 05/09/2005; e REsp nº 276.002/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJU de 05/02/2001).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (AgRg no Ag 1.023.740/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009).

'AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS NA APLICAÇÃO DA TABELA PRICE. REVISÃO DOS VALORES DO SEGURO SUSEP. OPORTUNIDADE PARA PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. INCIDÊNCIA DA TR NA ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. CRITÉRIO DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. (...) III – Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, sem a produção de prova pericial, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. Incidência da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.' (AgRg no REsp 913.093/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 22.08.2008).

'PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ. ÍNDICE DE REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. TR. I – Constatação de possível cerceamento de defesa que encontra óbice na Súmula 7/STJ, uma vez que demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório, procedimento este vedado em sede de recurso especial. II – Possível a utilização da TR na atualização do saldo devedor de contrato vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, ainda que firmado anteriormente ao advento da Lei 8.177/91, desde que pactuado o mesmo índice aplicável à caderneta de poupança. III – Agravo regimental a que se nega provimento.' (AgRg no REsp 608.945/RS, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 23/10/2009).

Diante do exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial." (Decisão monocrática proferida no AREsp 143026/MG, relatado pelo Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, publicada em 14.8.12)

Preservados, portanto, os arts. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e 130 do Código de Processo Civil.

2. *Não se controverte sobre a indevida interrupção do fornecimento de água na residência dos autores, promovida pelo Daerp, em atendimento à ordem judicial, e que perdurou de 26.6 a 3.7.2007, ou seja, sete dias.*

O Daerp sustenta que somente cumpriu ordem judicial, não respondendo pela informação errada que nela constava.

A Fazenda do Estado, por sua vez, sustenta a responsabilidade exclusiva do Daerp, pois constou expressamente da ordem que o corte

Acesso ao Sumário

deveria atingir os imóveis ocupados pela "Casa de Recuperação Renascer em Cristo". Assim, constatando os funcionários do Daerp que o nº 950 da rua Itajubá era uma residência, sem qualquer vínculo com a mencionada entidade, não deveriam interromper o fornecimento de água.

Pelo conjunto probatório, possível concluir que a indevida interrupção no fornecimento de água na residência dos autores decorreu tanto da falha do Poder Judiciário, decorrente da informação incorreta do Ministério Público sobre o endereço da casa de recuperação; como pela negligência e imprudência do Daerp, que procedeu ao corte ciente de que não se tratava da entidade mencionada na ordem judicial. Portanto, não beneficia as apelantes a alegação de ilegitimidade de parte.

3. *A indevida interrupção de serviço essencial, como o fornecimento de água, torna evidente o dano moral. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:*

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. LEGALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE COBRANÇA POR ESTIMATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 AMBAS STF. TARIFA SOCIAL. DIREITO SUBJETIVO DO AGRAVADO. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. DANO MORAL RECONHECIDO. ENTENDIMENTO DIVERSO. SÚMULA 7/ STJ.

(...)

2. Efetuada a interrupção da prestação do serviço essencial, em razão de dívidas cobradas sem a observância da tarifação benéfica, mesmo sendo um direito subjetivo do ora agravado, caracteriza a ocorrência do ilícito que viabiliza o reconhecimento do dano moral a ser indenizado no presente conflito.

(...)

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 254557/RJ, relatado pelo Ministro Castro Meira, publicado em 1º.10.2013)

A indenização dos danos morais foi fixada em R$ 20.000,00, valor que, sem ser exorbitante, se mostra suficiente para reparar os danos suportados pelos autores, que ficaram privados de serviço público essencial por sete dias, dependendo da ajuda de vizinhos e parentes para as atividades básicas do dia-a-dia, como alimentação, banho, limpeza, etc.

Em suma, a sentença contém a melhor solução, devendo prevalecer por seus próprios fundamentos.

Destarte, com fundamento no art. 557 do Cód. de Proc. Civil, nego seguimento ao recurso por sua manifesta improcedência.

O presente recurso, contudo, merece parcial provimento apenas no que tange ao valor da indenização. Realmente, considerando o período de ausência do serviço essencial, consistente em sete dias, é excessivo o valor fixado, impondo-se sua redução para R$ 10.000,00, mais coerente com o abalo sofrido.

Destarte, pelo meu voto, dou provimento em parte ao agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005127-51.2008.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante CLEITON SOUZA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados CARLA MARIA MARINI MACHADO (E OUTROS(AS)) e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.749)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 30 de abril de 2014.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Ação de indenização por danos morais – Aluno da Escola Estadual Professora Raquel de Castro – Ofensas advindas de professora e relacionadas à sua condição de afrodescendente – Não caracterização de ato ofensivo quanto ao primeiro evento – Configurado o caráter humilhante do segundo evento – Dano moral caracterizado *in re ipsa* – Responsabilidade civil objetiva do Estado, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal – Responsabilidade civil também da servidora, diante de sua conduta no

Acesso ao Sumário

mínimo culposa. R. sentença reformada.

DANO MORAL – Configurado – Fixação do *quantum* indenizatório, em caráter solidário, no valor de R$ 5.000,00, que repara o abalo experimentado pelo Autor, sem o risco de propiciar o seu enriquecimento sem causa.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09 exarada pelo STF – Efeitos vinculantes – Aplicabilidade do art. 406 do Código Civil, para os juros de mora, com incidência a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ) – A correção monetária, na forma da Tabela Prática do TJSP, incide a partir da decisão deste Colegiado (Súmula nº 362/STJ).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Observância à Súmula nº 326, do STJ – Reformada a decisão de 1º Grau, por força do princípio da causalidade, reconhece-se a sucumbência das Rés – Fixação em 10% da condenação – Quantia que se mostra adequada frente às peculiaridades da demanda.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pelo Autor em face da r. sentença de fls. 215/218, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente a pretensão inicial, condenando-o ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado dado à causa, observado o benefício da Justiça Gratuita concedido e o art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Discorre acerca dos fatos que ensejaram ofensa em sua honra subjetiva, que chegaram ao conhecimento da autoridade policial, praticados por professora que deve dar exemplo de ética e de moral. Aduz que na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece a orientação de que a responsabilidade civil do agente dispensa a análise da subjetividade e a prova de prejuízo concreto. Invoca alguns dispositivos da Carta Constituinte de 1988. Cita os depoimentos de suas testemunhas. Requer a fixação da verba indenizatória em 100 salários mínimos, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, além dos honorários advocatícios fixados em 20% do valor da

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

condenação (fls. 227/251).

Contrarrazões da Ré Carla (fls. 254/264) e da FESP (fls. 265/269).

Processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta pelo Autor que, na condição de aluno da Escola Estadual Professora Raquel de Castro, alega ter sofrido ofensas advindas da Professora e Ré Carla Maria Marini Machado, em sala de aula.

Dois são os fatos irrogados à Ré e que teriam dado causa à demanda, assim narrados:

"*Em novembro de 2007, nas dependências da sala de aula da 1ª série do ensino médio, da Escola Estadual Professora Raquel de Castro, onde a ré CARLA MARIA MARINI MACHADO, ministrava aulas de matemática, o requerente ao mostrar para a professora O NOME DE SUA MÃE ESCRITO POR SEU COLEGA DE ESCOLA COM TINTA DE CANETA PRETA EM SEU BRAÇO, ESTA DISSE QUE O NOME DEVERIA TER SIDO ESCRITO COM TINTA BRANCA, POIS COMO O ALUNO É NEGRO IRIA APARECER MELHOR, PASSADA UMA SEMANA A MESMA PROFESSORA CHAMOU A ATENÇÃO DO ALUNO QUE ESTAVA CONVERSANDO DURANTE A AULA DIZENDO O SEGUINTE: VOCÊ NÃO ESTÁ VENDO QUE OS MEUS ANJINHOS BRANCOS ESTÃO QUIETOS, E SÓ VOCÊ QUE É NEGRO ESTÁ FALANDO, E NÃO SATISFEITA COM A AGRESSÃO, ESFREGAVA OS DEDOS DA MÃO DIREITA NO SEU BRAÇO ESQUERDO, A FIM DE MOSTRAR A DIFERENCIAÇÃO DA RAÇA.*"

É importante consignar que a questão dos autos deve ficar adstrita aos fatos acima ocorridos já que envolvem diretamente o Autor, e não aquele relativo ao Dia da Consciência Negra (parágrafo 2º de fls. 04), este relacionado com a estudante Érika Oliveira do Nascimento, que também moveu ação judicial por conta de atos assemelhados praticados pela mesma Professora em sala de aula, conforme documentos a fls. 108/123 e DVD de fls. 193.

Delimitada a causa *sub judice* apenas aos indigitados dois eventos, outra deve ser a solução da lide.

Respeitado entendimento do MM. Juiz sentenciante, o conjunto probatório dos autos orienta para a ocorrência de dano moral, no que diz respeito ao segundo dos eventos.

A afirmação da Professora Ré quanto ao primeiro acontecimento – no sentido de que o nome da mãe do Autor deveria ter sido escrito com tinta branca – não denota caráter ofensivo, conforme observou o Magistrado: "*Analisando a questão dentro do contexto fático em que fora produzida, não vislumbro qualquer intenção da autora em denegrir a honra do autor por conta de sua*

Acesso ao Sumário

raça.

Trata-se, somente, de uma constatação, aparentemente, infeliz, mas sem atingir o status de uma afirmação preconceituosa, com firme propósito de desprestigiar a cor do autor."

Entretanto, no segundo evento não há como ignorar o caráter humilhante da afirmação feita pela Ré e devidamente comprovado nos autos.

Paulo Marugi da Costa, ouvido como testemunha, afirmou (fls. 175/176):

"*Em outra ocasião a mesma professora teria dito que: 'os seus anjinhos brancos estavam quietos e ele negro estava falando', se referindo ao autor.*

...

O autor, em virtude dos fatos, ficava de canto e chateado, pensou até em sair da escola e parar os estudos."

A testemunha Vanderson Florentino da Silva Santos não presenciou os fatos, mas afirma que depois de ouvir sobre sua ocorrência, o Autor mudou o comportamento (fls. 177).

Tal prova é o bastante para comprovação do ato ofensivo direcionado ao aluno, e corrobora a alegação inicial e a notícia do caso levada pelo ofendido ao conhecimento da autoridade policial (fls. 24/38).

O fato da testemunha Paulo Marugi não ter mencionado o caso "dos anjinhos brancos" ao Delegado de Polícia, não é motivo para desconsiderar o seu depoimento em Juízo.

Irrelevantes, por sua vez, os documentos trazidos pela Ré Carla (fls. 66/96), já que estes não servem de contraprova como exige o art. 333, inc. II, do CPC, no que toca especificamente ao incidente com o Autor.

Inegável, portanto, que o segundo evento caracteriza ilícito civil, a ensejar a reparação civil.

De fato, ao se dirigir ao aluno e dizer que seu mau comportamento estava ligado à sua cor, a Ré, inegavelmente, ofendeu sua honra e intimidade, expondo-o na frente dos demais.

Nesse aspecto, incide a responsabilidade civil do Estado, em razão do dano causado por seus agentes públicos e no interior de escola por ele administrada.

Prevê o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

"*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*".

Faz-se referência aos ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, que define serviço público como "*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados,*

Acesso ao Sumário

com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público" (Direito Administrativo, Ed. Atlas, p. 99).

A responsabilidade em questão, para o caso da FESP é, irrefutavelmente, objetiva, independe de comprovação de dolo ou culpa do agente; seus únicos requisitos são a demonstração do dano e o consequente nexo de causalidade com o comportamento danoso.

Também está caracterizada a responsabilidade civil da Ré Carla Maria, diante de sua conduta que gerou o dano e a ofensa a outrem.

O STJ, acerca do tema pontuou que "*configura-se o ilícito civil indenizável, se o denunciante age com dolo ou culpa, e seu ato foi relevante para produção do resultado lesivo (REsp n. 470.365/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, unânime, DJU de 01.12.2003 e REsp n. 721.440/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJU de 20.08.2007).*"

Além disso, danos como os experimentados pelo Autor são definidos por EDMIR NETTO DO ARAÚJO como "*danos pessoais*", que "*atingem o corpo e o espírito, prejudicando a integridade física (p.ex. invalidez), estética (cicatrizes, deformações, p.ex.) e psíquica (lesões psíquicas que enquadrem em danos morais) e outras hipóteses, (...), independentemente do dano moral que desses casos possa advir*" (Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, pág. 750).

A presença de dano moral no presente caso é inegável.

Ao se trazer à baila apenas o dano moral, pode-se afirmar que este erige do próprio fato (*in re ipsa*), que ficou comprovado. Intrínseca, portanto, a relação entre o dano e o nexo de causalidade. Foi do fato que erigiu o dano extrapatrimonial, configurando-se o vínculo causal.

Essa é a lição corrente da doutrina, da qual se extrai passagem de ANTONIO JEOVÁ SANTOS: "*O prejuízo moral que alguém diz ter sofrido, é provado* '*in re ipsa*'. *Acredita que ele existe porque houve a ocorrência do ato ilícito. Quando a vítima sofre um dano, que pela sua dimensão, é impossível ao homem comum não imaginar que um prejuízo aconteceu. Ninguém, em sã consciência, dirá que a perda do pai ou de um filho, não gera desgosto e mal-estar, tanto físico como espiritual, ou que alguém que teve a perna ou um braço amputado não vá passar o resto da vida sofrendo por essa diminuição física. A só consumação do ilícito que faz surgir fatos desta natureza, mostra o prejuízo, a prova é* '*in re ipsa*'." (Dano Moral Indenizável. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 515).

Neste sentido, não discrepa a Jurisprudência:

"*Dano Moral Puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos entendimentos*

e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização" (STJ – REsp 8768/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO).

Portanto, comprovados o dano e nexo de causalidade, impõe-se inequívoco dever de indenizar.

Passa-se, então, à sua valoração.

Cabe ao Magistrado considerar em cada caso: a) o grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) a intensidade e duração do sofrimento experimentado; c) capacidade econômica do ofensor e; d) as condições pessoais do ofendido.

Em suma, o *quantum* indenizatório do dano moral deve trazer alguma satisfação econômica ao lesado (ressarcir), desde que não implique no seu enriquecimento sem causa, como também deve desestimular a reincidência na prática do ato danoso (punir e inibir).

Segundo ANTONIO JEOVÁ SANTOS:

"*A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do* quantum *na fixação do dano moral*" (Dano moral indenizável, 4ª edição, editora RT, página 162).

O valor da indenização por danos morais não pode ser exagerado no sentido de causar enriquecimento a quem é indenizado e nem pode ser fixado em valor irrisório e insuficiente ao fim a que se destina, que é o de evitar e desencorajar futuros equívocos pela Administração e de seus agentes e servir como indenização ao Autor pela dor e dissabores experimentados.

A doutrina denomina de exercício desequilibrado de direitos a pretensão de indenização exagerada, em que há clara desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a quem deve indenizar (Fernando Noronha, O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Saraiva, 1.994, p. 179).

Com efeito:

"*A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa*" (RJTJESP 156/94 e RT 706/67).

O abalo imposto ao Autor pelo acontecimento sofrido deve ser indenizado, indubitavelmente.

Desta forma, a título de danos morais entende-se que a importância de R$

Acesso ao Sumário

5.000,00 se mostra adequada e atende aqueles requisitos.

Sobre o valor da indenização incidem juros de mora e correção monetária, sendo descabida a aplicação da Lei nº 11.960/09.

Neste passo, necessária uma breve explicação sobre a inaplicabilidade do índice determinado pelo artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009, já que declarada a inconstitucionalidade por arrastamento.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento pacífico de que o art. 5º da Lei nº 11.960/09 possua "natureza instrumental" e, portanto, incidente sobre os processos em curso, mesmo os promovidos anteriormente à sua vigência, tal como consta da decisão exarada nos Embargos de Divergência no REsp nº 1.207.197-RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, e também no REsp nº 1.205.946-SP, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, este último julgado pelo regime dos recursos repetitivos, novo contorno jurídico há de ser seguido, agora com base no derradeiro posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O Plenário do STF, no julgamento das ADIs 4357 e 4425, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09, em Seção de 13 e 14 de março de 2013, ocasião em que definida a sua invalidade.

Como dito pelo Ministro CELSO DE MELLO, relator da ADI nº 652-5, a declaração de inconstitucionalidade gera um "juízo de exclusão" da norma, ou seja:

"*A ativação da jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, deriva do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, enseja a esta Corte o exercício em abstrato da tutela jurisdicional do direito positivado na Constituição, autorizando-a a atuar como verdadeiro legislador negativo (RT 631/227).*"

"*A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição, deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional (RTJ 101/503).*"

Assim já se decidiu: "*Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § ún.), e no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato*

Acesso ao Sumário

normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § ún.; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05) (STJ – 1ª T., REsp 819.850, Min Teori Zavacki, j. 1.6.06, DJU 19.6.06)" (THEOTONIO NEGRÃO E OUTROS – Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor – Saraiva – 44ª ed. – nota 25 ao art. 475-L – pág. 572).

E, tal entendimento deflui de decisão monocrática exarada pela Ministra Cármen Lúcia, no RE nº 747.702-SC, de 4 de junho de 2013 que, embora tenha tratado da inconstitucionalidade do art. 100, § 12, da CF, com idênticas consequências em relação ao art. 5º, da Lei nº 11.960/09, fez regressar os autos ao Tribunal de Origem, ante o obstáculo de se aplicar o "*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*" e, com isso, adotar outro índice, impondo-se novo julgamento pelo Tribunal de Justiça Estadual (SC).

Desse modo, a par das consequências da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º, da Lei nº 11.960/09 e, da não modulação temporal dos efeitos desta decisão pelo Plenário do STF, convém aplicar ao caso o texto do artigo 406, do Código Civil (juros) e a Tabela Prática do TJSP (correção monetária), em verdadeiro efeito repristinatório das ADIs 4357 e 4425, pois já admitido pela Suprema Corte (ADI 3660-MS e ADI 3148-TO).

Não há como se aplicar o texto originário do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, uma vez que a previsão legal é expressa apenas "*nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*."

Nessas circunstâncias, devem-se observar os juros legais previstos no art. 406, do CC/2002.

A incidência de juros tem início a partir do evento danoso, na forma da Súmula 54 do STJ.

A correção monetária incidirá a partir da decisão deste Colegiado, quando foi fixada, conforme estabelecido na Súmula nº 362 do STJ: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*."

Neste sentido:

"*Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Correção monetária. Juros moratórios. Termo inicial.*

– O termo inicial de incidência da correção monetária é a data do arbitramento da compensação por danos morais.

– Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso nas hipóteses de responsabilidade extracontratual.

Embargos de declaração no recurso especial acolhidos com efeitos

Acesso ao Sumário

aclaratórios." (EDcl no REsp n.º 1054856/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 12/02/2010).

E não há impedimento para a fixação de honorários advocatícios, mesmo que a condenação por dano moral tenha sido abaixo do requerido na inicial, já que aplicável, no caso, a Súmula nº 326, do STJ: "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*."

No mesmo sentido:

"*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. ABUSOS COMETIDOS POR POLICIAIS. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 326/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 98/STJ.*

...

3. Ainda que os valores arbitrados a título de dano moral tenham sido em montante inferior ao pretendido pelo autor, não há sucumbência recíproca, uma vez que foram apenas estimativos. Súmula 326/STJ. (...)" (Grifei. REsp nº 848508/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 18.12.2008, DJe 13.02.2009).

Por conseguinte, em observância aos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, por equidade, considerada a natureza do processo, complexidade da causa e tempo exigido para a sua solução, reformada a r. sentença, fixam-se os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

Por todo o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do Autor, para condenar solidariamente as Rés ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00, com incidência de juros de mora (art. 406, do CC) a partir do evento danoso e de correção monetária (Tabela Prática do TJSP) a contar do arbitramento.

Condeno as Rés ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da indenização, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, e artigo 23, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011481-64.2010.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante MINISTÉRIO

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados PACS-FOM EMPREENDIMENTOS LTDA., ANTÔNIO CARLOS DA SILVA e MYRLENE NOGUEIRA VENEZIANI DA SILVA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.852)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Ação Civil Pública – Questionamento com relação à norma que autorizou a construção de edifício multifamiliar em bairro que, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 580/08 (Código de Urbanismo e Meio Ambiente), estava definido como de uso estritamente residencial (ZH2), com as restrições correspondentes, em especial a que somente são permitidas edificações de uso unifamiliar – Inconstitucionalidade da norma declarada em Ação Direta, com efeitos *ex nunc* – Ação julgada improcedente com fundamento nos efeitos conferidos à declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da lei – Ausência de interesse processual na declaração de inconstitucionalidade da norma, persiste o interesse recursal no que se pode reconhecer como o mérito da pretensão de anulação da licença e desfazimento da edificação – Análise e declaração judicial de invalidade do ato administrativo e de irregularidade da obra que se impõe em razão da inaplicabilidade da norma a caso concreto cuja relação processual se formara em data antecedente – Provimento do recurso para julgar procedente a ação civil pública – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** em face do **Município da Estância de Atibaia,** de **PACS-FOM Empreendimentos Ltda**., de **Antônio Carlos da Silva** e de **Myrlene Nogueira Veneziani da Silva** em que postula o reconhecimento incidental

Acesso ao Sumário

de inconstitucionalidade dos artigos 29, 64, 65 e 66 da Lei Complementar Municipal nº 580/08, bem como a declaração de nulidade do ato administrativo que autorizou a construção de um edifício na quadra 6 do Bairro Loanda (Ruas Pedro Calil Padis, Coronel Ernesto de Andrade Alves, Napoleão Noviski e Gastão Ferreira Bueno) e a condenação da empresa ré na obrigação de não fazer consistente na cessação das obras, em obrigação de fazer consistente na demolição do empreendimento que estiver edificado, sob pena de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser recolhida ao Fundo de Reparação dos Interesse Difusos e Coletivos. Postula ainda, com relação aos consumidores que adquiriram as unidades habitacionais, que sejam restituídas as quantias pagas com atualização monetária, bem como que sejam indenizados, nos termos do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, pelas perdas e pelos danos sofridos.

Deferida a antecipação de tutela, foi determinada, de forma imediata, a suspensão dos efeitos do ato administrativo referente à licença de construção, a paralisação da obra e a interrupção de venda das unidades, assim como a obrigação da empresa requerida de apresentação, no prazo de cinco dias, de relação dos adquirentes com cópia de todos os contratos celebrados. Constou, ainda, ordem para que no prazo de 24 horas fossem colocados avisos por meio de placas ou faixas de no mínimo 2 x 2 metros, em locais visíveis aos transeuntes, informando "OBRA EMBARGADA – EDIFICAÇÃO E VENDAS SUSPENSAS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 1.936 – 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ATIBAIA", e de que, no prazo de 24 horas, fossem removidas todas as propagandas do empreendimento, anúncios ou postos de venda. Determinou que com a informação dos nomes e endereços dos adquirentes, fossem expedidas notificações, com cópia da decisão, para que tomassem ciência de que os pagamentos que fizessem doravante seriam por conta e risco. Estabeleceu, para a hipótese de descumprimento, multa diária no valor de R$ 5.000,00 (f. 497/501).

Contra tal decisão foi interposto o Agravo de Instrumento nº 0460753-09.2010.8.26.0000, ao qual foi dado provimento para permitir a continuidade das obras, por conta e risco dos interessados (f. 1.165/1.168).

Saneado o feito e reconhecida a legitimidade ativa e passiva, respectivamente, do Ministério Público e da Municipalidade, foi nomeado perito para a realização de prova pericial (f. 981/982). Contra a parte da decisão que reconheceu a legitimidade ativa do *parquet* foi interposto o Agravo de Instrumento nº 0052664-28.2011.8.26.0000, ao qual foi negado provimento (f. 1.249/1.254).

Reconhecida pelo Colendo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 580/08, a sentença, fundada nas notícias de que foram atribuídos efeitos *ex*

Acesso ao Sumário

nunc à decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0059176-27.2011.8.26.0000 e de seu de trânsito em julgado, julgou improcedente a ação (f. 1.464/1.471).

Inconformado recorre o Ministério Público do Estado de São Paulo na busca da inversão do julgado. Sustenta para tanto que não busca o reconhecimento da ilegalidade da licença concedida pelo Município sob o enfoque abstrato da previsão da norma, alvo de deliberação em sede de ADI, mas que o faz com fundamento na inaplicabilidade da norma no caso concreto, o que, como comprovado nos autos e corroborado pela prova pericial realizada, leva, em face dos prejuízos de ordem urbanística e aos danos difusos impostos à coletividade (não obstante se tenha como vigente, à época, a legislação questionada), à invalidação dos atos praticados e à procedência da ação.

Recurso recebido, processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público questiona a aprovação, pelo Município da Estância de Atibaia, de alvará para a construção de empreendimento imobiliário caracterizado como edifício multifamiliar em bairro que, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 580/08 (Código de Urbanismo e Meio Ambiente), estava definido como de uso estritamente residencial (ZH2), com as restrições correspondentes, em especial a de que somente são permitidas edificações de uso unifamiliar.

Sustenta o autor, ora apelante, que a edificação em questão não só traz prejuízos aos moradores do bairro, que terão devassadas suas residências unifamiliares e violada a isonomia (posto que não lhes foi reconhecido igualitário potencial de uso do solo urbano, com os consequentes reflexos econômicos), mas também acarreta prejuízo paisagístico urbano uma vez que afronta a regulamentação do zoneamento municipal que disciplina as regiões da cidade, cujo objetivo é, de forma harmonizada, impedir confusão ou aproveitamento indevido dos espaços, de modo a manter o crescimento ordenado e saudável da cidade.

O pedido inicial, formulado em 22 de setembro de 2010, foi no sentido de que, mediante reconhecimento incidental de inconstitucionalidade dos artigos 29, 64, 65 e 66 da Lei Complementar Municipal nº 580/08, fosse declarada a nulidade do ato administrativo que autorizou a construção do prédio, com pedido de cessação das obras, demolição do que estivesse edificado, com aplicação de pena de multa diária no caso de descumprimento e, ainda, restituição das quantias pagas pelos consumidores, atualizadas, além de condenação pelas perdas e danos por eles sofridos.

É de extrema relevância, no caso concreto, destacar que por conta do apurado no inquérito civil que deu origem à presente ação civil pública o

Acesso ao Sumário

1º Promotor de Justiça da Comarca de Atibaia elaborou Representação de Inconstitucionalidade em Abstrato dirigida à Douta Procuradoria Geral de Justiça, o que levou à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0059176-27.2011.8.26.0000, com postulação no sentido de que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 617/2010, bem como, por arrastamento do art. 64 (que foi por ela alterado) e, ainda, por dependência dos arts. 65, 66 e 72 da LC nº 580/08.

A referida ação foi julgada procedente pelo Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, inicialmente, com efeitos *ex tunc* (f. 1.284/1.293). Opostos Embargos de Declaração (nº 0059176-27.2011.8.26.0000/50001) estes foram acolhidos para atribuir efeitos *ex nunc* ao acórdão prolatado em 15.02.2012 (f. 1.388/1.402).

Noticiado o trânsito em julgado da ADI nº 0059176-27.2011.8.26.0000 (f. 1.449/1.451), e requerido o pronto julgamento da lide, foi a ação julgada improcedente sob o argumento de que, em face dos efeitos *ex nunc* da declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade das regras legais nas quais fundado o ato administrativo que autorizou a edificação, reconheceu a legitimidade e a validade de tais regras, à época da autorização administrativa, para a obra questionada, do que decorre sua regularidade, independentemente de outras indagações.

Feitas tais considerações, passo a análise dos recursos e, inicialmente, não conheço do agravo retido interposto pelos corréus PACS-FOM Empreendimentos Ltda., Antônio Carlos da Silva e Myrlene Nogueira Veneziani da Silva, pois não houve pedido expresso de seu julgamento nas contrarrazões recursais, conforme estabelece o artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil (f. 1.420/1.423).

Quanto à apelação impõe-se a verificação da repercussão nos presentes autos do julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0059176-27.2011.8.26.0000, para reconhecer, de forma diversa da sustentada na r. sentença recorrida, que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato apenas prejudica, neste caso concreto, a parte do pedido em que postulado seu reconhecimento incidental, viabilizando, entretanto, o completo e amplo conhecimento judicial da postulação, prévia e validamente formulada pelo Ministério Público autor, de ilegalidade da licença e da correspondente edificação. Com isso constato estar firmada a competência plena desta 1ª Câmara de Direito Público para o julgamento da Apelação.

Acesso ao Sumário

Os efeitos *ex nunc* atribuídos à declaração em abstrato da inconstitucionalidade da norma destinam-se a preservar as relações jurídicas que, sem questionamento administrativo ou judicial prévio, haviam se estabelecido com aparente regularidade até a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade.

Não afeta, entretanto, a pretensão, válida e oportunamente posta na presente

ação, de análise e declaração judicial de invalidade do ato administrativo e de irregularidade da obra fundada no reconhecimento da afirmada inaplicabilidade da norma (cuja inconstitucionalidade ainda não fora declarada em abstrato) ao caso concreto.

Repita-se, neste contexto, que foi por ocasião da propositura da presente ação, e em face das diligências que a precederam, que o 1º Promotor de Justiça de Atibaia representara à Douta Procuradoria Geral de Justiça (Of. nº 398/2010) para a propositura da mencionada ADI nº 0059176-27.2011.8.26.0000 (f. 492/493). E consta dos autos ofício no sentido de que a propositura da ação direta se dera em face da representação correspondente (f. 1.050).

Desta forma, o reconhecimento de que já não há, nesta ação, interesse processual na declaração de inconstitucionalidade da norma, persiste o interesse recursal no que se pode reconhecer como o mérito da pretensão de anulação da licença e desfazimento da edificação.

Citados os réus na ação civil pública a coisa tornou-se litigiosa, razão pela qual afasto o argumento de que a concessão de efeitos *ex nunc* à Ação Direta de Inconstitucionalidade viesse a obstar a plena apreciação do pedido inicial que questionava, previamente e em caso concreto, a regularidade da aplicação da legislação que aprovou o alvará de construção de empreendimento imobiliário em local para o qual constavam restrições que impossibilitariam a aprovação da licença e a edificação.

Neste sentido, e também no que se refere à procedência da ação, o conciso parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça:

"*De fato, apesar de ação direta de inconstitucionalidade, que julgou contrário aos preceitos Magnos, o dispositivo do artigo 64, da Lei Complementar nº 580/08, conhecido como Código de Urbanismo, no qual baseada a licença construtiva, esclarecendo, no entanto, que a contrariedade é declarada válida tão só a partir do julgamento, a violação das posturas Magnas e infraconstitucionais encontram-se bem patenteadas nos autos e se evidenciam como relevantes à atribuição de procedência da demanda.*

Assim, bem revela o processado, tudo quanto retratado na vestibular, ou seja, que para a expedição do alvará de licença construtiva do edifício de que se cuida, violou-se a igualdade, tal como preconizado na Carta Política, pois que baseada em mandamento que conferia arbítrio ao gestor municipal.

E, apesar da concessão da licença basear-se em lei municipal, em sentido formal, é evidente seu contraste, não só com a própria Magna Carta, mas também com legislação federal e diretrizes fixadas no âmbito constitucional estadual, como bem salientado no apelo do Parquet.

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

Mais ainda, fica evidenciado que além de olvidada a sobredita equivalência, maltratados restaram os princípios de ordenação urbanística municipal, havendo ainda, ferimento a direitos individuais de propriedade, com a concessão do alvará de construção do edifício objeto da lide.

Nesse passo, não há função social fática – não demonstrada pelos apelados – que baste a suplantar mandamentos maiores e gerais, por isso mesmo superiores, ao interesse particular dos empreendedores, ou mesmo do Município.

Daí porque, verificada a burla concreta ao ordenamento Magno e infraconstitucional, bem especificadas em laudo pericial oficial (cf. fls. 1296/1332), práticas dela derivadas devem ser obstadas de plano ou demolidas, restaurando assim, o status quo ante.

Aliás, nesse aspecto, já advertia o mandamento plural visto à fl. 1168, no sentido de que 'os agravantes por certo têm consciência das consequências de eventual procedência da ação, e a eles deve ser dada a possibilidade correr o risco, prosseguindo na edificação e caso julgada procedente a demanda, demoli-la'.

Destarte, inafastável é a procedência da demanda, tal como pugnado no apelo ministerial e proposto inicialmente.

Diante do exposto, opina a Procuradoria de Justiça, seja dado provimento ao apelo do Ministério Público do Estado de São Paulo, atribuindo-se procedência à demanda, nos limites postulados". *(f. 1.518/1.520)*

A Lei Complementar Municipal nº 480/2005, que dispõe sobre o ordenamento do uso e ocupação do solo – zoneamento – categorias e subcategorias de zonas, em seu anexo A.13 estabelece que o Bairro Luanda trata-se de zona de código "ZH2", nome "uso habitacional 2" (f. 24), com restrições com relação ao número de pavimentos, máximo de dois, e altura, menor que doze metros (Anexo A.12 – f. 26), cujas características/finalidade são de predominância dos usos residenciais, com exclusão das atividades multiresidenciais (Anexo A.11 – f. 27).

A obra questionada não corresponde a tais especificações e foi aprovada pela Municipalidade, de forma excepcional e com exclusão de restrições, com fundamento na regra dos artigos 64 e seguintes da Lei Complementar Municipal nº 580/08, que instituiu o Código de Urbanismo e Meio Ambiente da Estância de Atibaia, nos seguintes termos:

DA SOLICITAÇÃO DE CONSIDERAÇÃO DE SOLUÇÕES ESPECIAIS

Art. 64 O interessado na realização de empreendimento ou localização e exercício de atividade poderá pleitear a exclusão de restrições específicas

Acesso ao Sumário

constantes deste Código, com base na submissão à apreciação da autoridade municipal de soluções especiais que possam, sem prejuízo do pretendido com a imposição da restrição, ou com vantagens em relação a esta, ser acolhidas para efeito da expedição da competente autorização ou licença.

Art. 65 As soluções referidas no Art. 64 versarão sempre sobre aspectos técnicos ou operacionais, incluindo-se os seguintes, dentre outros:

I – tecnologias específicas para a mitigação de impactos ambientais e urbanísticos;

II – emprego de regras de manejo e operação adequadas e suficientes para a manutenção da incolumidade e da qualidade dos sítios e assentamentos afetados;

III – execução de obras complementares;

IV – compromisso de monitoramento permanente das operações eventualmente previstas de equipamentos e instalações associadas.

Parágrafo único Em qualquer caso, a solução submetida à apreciação da Administração pelo interessado deverá estar consistentemente fundamentada em elementos técnicos idôneos e assinada por profissional legalmente habilitado para tratar do assunto.

Art. 66 A não observância da solução especial aprovada e autorizada ou licenciada pela Administração, quando da realização do empreendimento, da localização ou do exercício da atividade objeto do pedido, implicará a cassação da autorização ou da licença, nos termos do Art. 78 deste Código.

O uso de tais permissivos legais (posteriormente declarados inconstitucionais na Ação Direta) não se mostra, entretanto (e mesmo que se abstraia a posterior declaração de sua inconstitucionalidade) conforme o Direito a ponto de validamente justificar, fundamentar e motivar autorização para edificação manifestamente contrária ao zoneamento urbano, e, por tais razões, comprovadamente prejudicial não somente à regular ocupação do solo, mas também aos proprietários dos imóveis vizinhos, demais cidadãos, à coletividade em geral e, em última instância, à cidade.

E a prova dos autos é no sentido de que a obra, flagrantemente contrária às posturas urbanísticas de ordem pública e violadora da isonomia entre os cidadãos, não traz os benefícios à população e à cidade que constam da motivação do ato administrativo questionado. Como bem indicou o autor em suas razões de apelação:

"*Portanto, o laudo pericial atesta que o empreendimento pode causar prejuízos ao bem-estar da população envolvida no que diz respeito à interferência paisagística, possivelmente causará perda de*

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

privacidade, além de contribuir para desigualdade na ocupação do solo, e provocará danos à ordem urbanística caso futuras obras sejam aprovadas em situações similares, além da certeza de que o consequente aumento da densidade populacional não compatível com a capacidade de infraestrutura urbana existente no local.

Ademais, ensejará possibilidade de viabilizar a aprovação de futuras obras em situações similares nas imediações, a ensejar drásticas consequências ao bairro, aspecto que, de igual sorte, deve ser levado em consideração, sob pena do cometimento de outra inconstitucionalidade ao ferir princípios assegurados pelo artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, notadamente igualdade.

Registra-se, em contrapartida, por oportuno, que o perito subscritor do laudo indicou como vantagens decorrentes do empreendimento a instalação de equipamentos urbanos e comunitários como também vegetação e arborização urbana.

No entanto, sabe que é dever do Município suprir trará tantos prejuízos à coletividade a fim de preencher a omissão de seus deveres, que, devem ser cumpridos por via de outros instrumentos que lhe são assegurados.

Nota-se que os benefícios obtidos com a efetiva implementação do empreendimento são mínimos diante das mazelas certas que ele trará, a se evidenciar o desrespeito e inobservância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.” (f. 1.478/1.479).

Em que pese o esforço da empresa apelada, em contrarrazões, na refutação de tais argumentos verifico que a prova técnica é adequada e pertinente para afastar suas ponderações, posto que os benefícios decorrentes da obra ou são temporários (aumento da força de trabalho), ou se constituem em obrigações da Municipalidade, com destaque para o fato de que a apontada valorização imobiliária dos demais lotes não se efetiva com a conclusão de uma única obra multifamiliar e de vários pavimentos em zona na qual restrita tal edificação, mas dependeria da extensão dessa possibilidade aos imóveis lindeiros, com manifesta descaracterização do zoneamento, acarretando, na permanência de um único prédio em meio a residências de menor altura, incontestável violação de privacidade.

Reconheço, portanto, em face da comprovada inexistência dos motivos determinantes do ato administrativo, assim como de sua contrariedade às normas de ordem pública que regem a ordenação do uso e ocupação do solo urbano de Atibaia, a nulidade da licença e a irregularidade da edificação, o que impõe a procedência da ação para determinar sua demolição.

É procedente a ação, ainda, na parte em que postulada a condenação das

Acesso ao Sumário

rés, Municipalidade e empresa, no ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores adquirentes de lotes por força dos atos praticados até a concessão da liminar, em 23 de setembro de 2010.

A partir desta data a continuidade da obra, de sua comercialização e mesmo os pagamentos posteriormente efetivados por adquirentes o foram, como expresso no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0460753-09.2010.8.26.0000 (em 07.06.2011) por sua conta e risco, razão pela qual a definição jurídica das responsabilidades há de se resolver entre as partes e pelas vias próprias.

Diante de todo o exposto dou provimento ao recurso para julgar procedente a ação, de forma a declarar a nulidade do ato administrativo que autorizou a construção de edifício multifamiliar na quadra 6 do Bairro Loanda (Ruas Pedro Calil Padis, Coronel Ernesto de Andrade Alves, Napoleão Noviski e Gastão Ferreira Bueno), com pronta cessação das obras e demolição, no prazo de cento e oitenta dias a contar do trânsito em julgado desta decisão, do que foi edificado, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 10.000,00. Deverão os réus também comprovar, em igual prazo, o ressarcimento dos prejuízos causados até 23 de setembro de 2010 a consumidores adquirentes de unidades ou direitos decorrentes do empreendimento imobiliário.

Arcarão os réus com o pagamento das custas e despesas processuais.

O caso é, assim, de dar provimento ao recurso interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** nos autos da ação civil pública proposta em face do **Município da Estância de Atibaia**, de **PACS-FOM Empreendimentos Ltda**., de **Antônio Carlos da Silva** e de **Myrlene Nogueira Veneziani da Silva** (Processo nº 048.01.2010.011481-6 – 1ª Vara Cível do Fórum de Atibaia, SP).

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Resultado do julgamento: dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003974-30.2009.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que são apelantes L.A.L.G.A. (MENOR REPRESENTADO) e M.A.J., são apeladas PREFEITURA MUNICIPAL DE BRAGANÇA PAULISTA e IRMANDADE DO SENHOR BOM JESUS DOS PASSOS DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BRAGANÇA PAULISTA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 13457)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente) e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 28 de abril de 2014.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Morte da genitora atribuída a erro médico – Ação indenizatória ajuizada pelo filho da vítima, menor impúbere ao tempo do ajuizamento, em nome próprio, agora representado pelo pai, extinta por decreto de carência – Sentença de extinção baseada em ação anteriormente ajuizada pelo pai da criança, também em nome próprio, mas extinta por transação – Acordo judicial firmado pelo pai da criança, que dava quitação aos direitos do filho menor, homologado sem a prévia oitiva do Ministério Público – Pretensão do autor/menor em ver declarada a nulidade do referido acordo em relação aos seus direitos, pelo só fato da não participação do Ministério Público na ação ajuizada pelo pai – Distinção necessária entre a representação do menor púbere e a do impúbere – O impúbere não pratica atos jurídicos, representado que é por quem detém os direitos de poder familiar – Presunção de diligência do genitor ao dar quitação da indenização em nome do filho, malgrado a falha técnica da não oitiva do Ministério Público antes da homologação da transação – Silêncio deliberado do autor/genitor ao não alertar o magistrado sobre a omissão da remessa dos autos à Promotoria de Justiça – Percepção de malícia processual, com o intuito de forçar novos ganhos em face das requeridas – Apelação improvida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por L.A.L.G.A., menor representado pelo genitor M.A.J., contra r. sentença do digno Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Bragança Paulista (fls. 287/292), que julgou extinta ação ajuizada em face

da Irmandade do Senhor Bom Jesus dos Passos da Santa Casa de Misericórdia de Bragança Paulista e da Prefeitura Municipal de Bragança Paulista. Demanda de cunho indenizatório material e moral, por conta da morte de sua genitora D.R.G.A., no dia 14/06/2006, atribuída a erro médico de responsabilidade das requeridas.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) o acordo firmado pelo genitor M.A.J., nos autos da ação indenizatória nº 090.01.2006.012.385-0, movida contra as mesmas requeridas, perante o Juízo da 2ª Vara de Bragança Paulista, não poderia implicar efeitos ao filho impúbere, ora apelante; b) ausência do Ministério Público na transação judicial celebrada naqueles autos; c) os poderes de administração do pai em relação aos bens do menor impúbere não alcançam aqueles relativos à disposição de seu patrimônio; d) ineficácia do acordo quanto ao menor impúbere (fls. 295/307).

Apelo respondido (fls. 311/320 e 322/327).

Manifestou-se a Procuradoria da Justiça pelo provimento recursal (fls. 335/344).

É o relatório.

D.R.G.A., esposa de M.A.J. e mãe do impúbere L.A.L.G.A., faleceu no dia 14/06/2006, vítima de septicemia e obstrução intestinal (fls. 43), após calvário nas dependências da Santa Casa de Misericórdia de Bragança Paulista, além de atendida por um tal Dr. Jorge (fls. 24 – presumivelmente Jorge Filipe Costa), médico da Prefeitura dessa cidade.

A família atribuiu a causa mediata dessa morte à sucessão de erros médicos. Por isso o marido M.A.J., em nome próprio, ajuizou a ação indenizatória nº 090.01.2006.012.385-0 (controle 1937/2006), distribuída à 2ª Vara Cível local, contra a Irmandade do Senhor Bom Jesus dos Passos da Santa Casa de Misericórdia de Bragança Paulista e a Prefeitura Municipal de Bragança Paulista. Ultrapassada a fase das citações, o autor e a Santa Casa transacionaram a importância de R$ 70.000,00 para por fim ao processo (fls. 85/87). Acordo homologado por sentença (fls. 88), execução posteriormente extinta (fls. 89/93).

Importante ressaltar a cláusula 5 dessa transação: *Da mesma forma, a presente transação abrange e remunera, também, eventuais direitos que possam vir a ser reclamados em nome do filho do casal, L.A.L.G.A.* (fls. 86).

Tudo pago com relação ao referido acordo, é L.A.L.G.A. (fls. 94), ainda impúbere ao tempo deste ajuizamento, agora representado pelo pai M.A.J., quem ressurge para reclamar direitos materiais e morais decorrentes da morte da mãe. E suscita, em resumo, a nulidade – correto seria dizer ineficácia – daquela transação em relação à sua pessoa, máxime em razão da ausência de intervenção do Ministério Público nos autos da ação ordinária nº 090.01.2006.012.385-0.

Processo fulminado pelo douto magistrado *a quo*, que reafirmou a

Acesso ao Sumário

validade do pacto judicial firmado pelo genitor (fls. 287/292). De onde se tirou esta apelação (fls. 295/307).

Trata-se, pois, de examinar – e refutar – a ocorrência de vício insanável de natureza processual formal.

Não se olvida o disposto nos artigos 82, inciso I, e 246, do Código de Processo Civil, que torna obrigatória, sob pena de nulidade, a intervenção do Ministério Público nas causas em que há interesses de incapazes. Ponderados também estão os precedentes invocados nas razões recursais. Todavia, fere o bom senso que filigranas jurídicas legitimem a aposta de chicana jogada nestes autos, usando por conveniência o *status* da incapacidade civil do autor L.A.. Notória a sombra de M..

A criança L.A.L.G.A. não era parte nos autos da ação ordinária ajuizada pelo pai, nos idos de 2006, contra a Santa Casa e a Prefeitura de Bragança Paulista; teve seu nome mencionado tão somente no ato da formalização do acordo judicial. Por isso o Ministério Público não foi provocado a manifestar-se sobre a cláusula que englobava os direitos materiais e morais pela orfandade precoce. Nem se pode acusar erro judiciário nesse proceder; o processo seguiu curso natural, despercebida a sutileza, até a sentença extintiva da execução.

Quem hoje se arvora na condição de defensor do filho, o oportunista M., a quem, como parte, também competia o dever de lealdade processual, eventualmente alertando o Juízo sobre a conveniência ou necessidade de provocação do Ministério Público, inclusive com direito a recursos, preferiu o silêncio no curso daqueles três anos (entre 2006 e 2009).

Dir-se-á que quem errou teriam sido seus advogados da época; se sim, se houve erro profissional, que sua vítima se levante contra os respectivos autores. Mas isso é mera suposição. O que se tem de concreto é que o silêncio ocorreu deliberadamente.

Ademais, na condição de gestor natural dos interesses e boa educação da prole, e assistido que estava por profissionais habilitados, era de se presumir que o acordo de R$ 70.000,00 bem agasalhava as necessidades do filho único. Afinal, travaram negócio jurídico válido, com ou sem supervisão ministerial: tinha objeto lícito, firmado entre partes capazes e legitimadas (valendo ressaltar que menores impúberes não praticam atos jurídicos; eles são representados – não meramente assistidos – pelos pais), e bom preço para os idos de 2006.

Bem pesquisado pelo nobre magistrado Bragantino, em referência a precedente vindo da Colenda 35ª Câmara de Direito Privado desta Corte, ora tomado por extensão, *apenas nos casos de evidente excesso no poder de administração e colisão de interesses, é que se tem por inválida a transação realizada pelo genitor sem autorização judicial, envolvendo direitos patrimoniais dos filhos* (fls. 291 – Apelação Cível nº 992050683755, relator Desembargador

Acesso ao Sumário

Mendes Gomes, j. 19/10/2009).

Enfim, a transação que pôs termo à ação indenizatória nº 090.01.2006.012.385-0 (controle 1937/2006), da 2ª Vara Cível de Bragança Paulista, não obstante acidentalmente homologada sem a prévia oitiva da Promotoria de Justiça (repito, porque a criança L.A.L.G.A. não era parte nos autos), goza de eficácia plena, inclusive em face do autor, ali representado pelo pai M.A.J..

Qualquer entendimento em sentido contrário, afeito à letra estrita do Código de Processo Civil, dando-lhe extensão não desejada pelo legislador, afrontaria princípios éticos supralegais.

Não se indeniza a esperteza.

Por meu voto, nego provimento à apelação do autor.

Jurisprudência - Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031296-61.2012.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA, é apelado ZEVEL VEÍCULOS E PEÇAS LTDA..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19897/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 15 de maio de 2014.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA – Pretensão de afastar a exigência, inserida em lei municipal, de plantio de uma árvore por cada veículo vendido pela concessionária – Admissibilidade – Competência para legislar em matéria ambiental que é concorrente entre os entes públicos, cabendo aos municípios apenas a edição de normas suplementares – Objeto da lei em litígio que ultrapassa a competência da municipalidade – Ausência de tema de exclusivo interesse local – Competência privativa da União sobre direito civil, comercial e tributário – Declaração de inexigibilidade

Acesso ao Sumário

da norma – Cabimento – Honorários advocatícios fixados de acordo com os parâmetros legais e adequados ao serviço prestado pelos patronos das partes – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de fls. 67/72, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação declaratória, afastando a submissão da autora à lei municipal que determina o plantio de uma árvore para cada veículo vendido.

Em síntese, sustenta a municipalidade que é incontroversa a competência dos municípios para legislar acerca de direito ambiental, sendo certo que a Lei nº 6.924/09 atende a todos os princípios ambientais. Requer, ainda, se mantida a procedência, a diminuição dos honorários advocatícios para, pelo menos, 10% (dez por cento) do valor da causa.

Com resposta e parecer ministerial, pugnando pelo não provimento do recurso, vieram os autos para reexame.

É o relatório.

Foi proposta, pela recorrida, a presente ação para afastar a incidência das regras da Lei municipal nº 6.924/09, que impõe às concessionárias de veículos a obrigação de plantar uma árvore por cada veículo novo vendido, como forma de mitigação do efeito estufa no município.

É sabido que, pela Constituição Federal, em seu art. 24, VI e VIII, a competência legislativa em matéria ambiental é concorrente, ficando a cargo da União a elaboração de normas gerais e aos demais entes federativos as normas de caráter suplementar. Outrossim, a competência material, de acordo com o art. 23, VI e VIII, da CF, é comum, cabendo a todos (União, Estados e municípios) adotar medidas protetivas em igualdade.

E, ainda, segundo o art. 30, I e II, também da Constituição Federal, compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar à legislação federal e à estadual no que couber.

Este caso em apreço implica a análise da própria competência para aferir a regularidade da lei, a qual não se enquadra em nenhuma das hipóteses de atuação municipal.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que a conclusão de limite na atuação do Poder Legislativo municipal não afasta a autonomia deste ente federativo, que possui a prerrogativa de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Porém, a capacidade de editar as suas próprias leis deve atender aos ditames

constitucionais indicados no mencionado art. 30.

A despeito do dever do Poder Público e de toda a coletividade de proteger o meio ambiente como um bem transindividual, essencial observar que há distinção entre a competência legislativa e a material, conforme acima mencionado, pois a primeira é concorrente, podendo todos legislar sobre o tema, porém a União através de normas gerais e os Estados e municípios de regras suplementares; enquanto a segunda é comum, pela qual todos atuam de forma igual.

Conforme lição de Marcelo Abelha Rodrigues, citando Marcelo Dwalibi, "a competência comum, é bom que se lembre, difere da competência concorrente. Na primeira hipótese, a competência de um dos entes federativos não afasta a competência dos demais. Já na competência concorrente ocorre fenômeno contrário: a competência de um dos entes federativos exclui a dos demais. Na competência comum, há harmonia e complementação de atuações; na competência concorrente, há exclusão dos demais entes em favor do único competente".[1]

Aqui, não cabe qualquer discussão acerca da competência material na seara do direito ambiental, a qual é comum e incontroversa, restringindo-se apenas à de legislar.

Desse modo, não obstante a intenção de proteger bem dessa relevância e buscar atender a todos os seus princípios, o nosso ordenamento possui determinadas regras em sua organização. Ainda que a proteção também envolva bem da região, não se trata de interesse meramente local e sim difuso, o qual transcende a comarca, e tampouco se encaixa na complementação de lei estadual ou da União, porquanto não há uma legislação nos mesmos termos para sustentá-la.

Bem assentou o magistrado da causa que "ainda que seja pelo prisma do art. 30, II, da CF/88, o município de Marília não está autorizado a inovar a ordem jurídica em assunto que não guarda qualquer peculiaridade que diga respeito, em tom de preponderância, a um interesse local. (...) Então, por mais que sejam relevantes os princípios informadores do Direito Ambiental, a supremacia da Constituição afasta tais questionamentos. E o apelo às máximas de interpretação constitucional não são suficientes para transformar um assunto que é de interesse geral num tema de interesse preponderantemente local".

Anote-se que a União editou lei para tratar de emissão de poluentes por veículos automotores (Lei nº 8.723/93), além de existirem outras regulamentando o tema, bem como a Lei nº 12.187/09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima, o que, em um primeiro momento, poderia ser dito, que

1 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126

autorizaria a complementação municipal, porém a lei municipal aqui discutida institui uma nova diretriz, uma nova conduta, não prevista nestas legislações, o que, conforme tudo o que está aqui explanado, não pode ocorrer por não figurar como suplementação de regramento já existente.

Igualmente, com acerto observou o D. Representante da Procuradoria Geral de Justiça que "o sistema jurídico nacional é complexo e possui claras regras de organização, tanto organização política, como organização jurídica de atividades e de competência legislativa. Passível ou não de críticas, fato é que a sistemática jurídica adotada no atual modelo constitucional não permite ao município legislar com o alcance pretendido pela lei em questão".

Ainda que assim não fosse, fica claro que a Lei nº 6.924/09, independentemente do aspecto ambiental, possui proposta vinculada à atividade comercial, pois passou a exigir uma nova conduta do empresário ligada ao seu exercício profissional, declarando o encargo de plantio de árvore a cada venda de um automóvel, e, neste ponto, constata-se outra limitação ao município, diante de instituição na Constituição, em seu art. 22, I, de competência privativa da União para legislar acerca de direito civil e direito comercial. Inclusive, poder-se-ia dizer, também, que a condição imposta às concessionárias se assemelha a um tributo, o que tampouco pode ter suas leis editadas pela municipalidade, pelo mesmo dispositivo constitucional.

Outra vez, corretamente registrou o parecer ministerial que "não parece o tipo de matéria que possa ser trazida para a denominada competência legislativa suplementar, nem mesmo exclusiva, do Município, por falta de amparo jurídico no artigo 30, e respectivos incisos, da Constituição Federal".

A ordem econômica brasileira, de acordo com a Constituição, funda-se, dentre outros princípios, na livre iniciativa, assegurando-se o livre exercício da atividade (art. 170, CF), porém devem ser sopesados todos os direitos constitucionalmente protegidos, prevalecendo uns sobre outros, o que permite certa limitação a este exercício empresarial, mas somente por aquele que possui competência para impor normas para tanto, que é a União.

Sobre situação semelhante, já julgou o E. Órgão Especial:

Acesso ao Sumário

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 10.113/08 DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – DETERMINAÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS QUE PLANTEM UMA ÁRVORE PARA CADA VEÍCULO VENDIDO – INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 23, VI E VII, DA CF – INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR – INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 30, I E II, DA CF – OBRIGAÇÃO ADJETA A NEGÓCIO DE NATUREZA CIVIL E SEMELHANTE A TRIBUTO. 1. A competência comum conferida aos Municípios é, na verdade, a administrativa, e não a legislativa. Ou seja, o rol

de competências contido do art. 23 da Constituição da República diz respeito à execução das políticas públicas, que cabe, de forma comum, tanto à União, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. 2. O interesse local diz respeito às matérias que, porventura, adquiram configurações peculiares em tal ou qual Município, por aplicação do princípio da predominância do interesse. Igualmente, vai se firmando o entendimento de que o interesse local guarda estreita relação com o âmbito territorial. 3. Ao Município é lícito regulamentar a legislação federal, conferindo-lhe maior concretude, disciplinando seus pormenores, adaptando a vida prática da Municipalidade aos ditames oriundos de legislação editada pela União. Mas, de forma alguma, é-lhe permitido fixar novas diretrizes, sem respaldo na legislação federal. Com efeito, seria inócuo e causaria grande incerteza jurídica caso se possibilitasse aos Municípios instituir políticas locais sobre mudança do clima, sendo que atualmente a Lei Federal 12.187/2009 dispõe sobre o tema, instituindo a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC. 4. A lei objurgada cria obrigação adjeta a negócio de natureza civil ou comercial, interferindo na competência exclusiva da União prevista no art. 22, I, da Constituição Federal. Além disso, a obrigação de plantar uma árvore para cada veículo vendido se assemelha a um tributo, não havendo, todavia, previsão expressa neste sentido no art. 156 da Constituição Federal. 5. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0117954-53.2012.8.26.0000 – São José do Rio Preto – Órgão Especial – Rel. Artur Marques – DJ 01/08/2012)

Finalmente, o percentual dos honorários do advogado não merece ser reformado, já que imposto atentando-se aos critérios legais do art. 20 do CPC, mostrando-se adequado aos serviços realizados pelos patronos dos litigantes e à importância e complexidade da causa.

Por todo o exposto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9093471-05.2009.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes MR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS e MAIROS LAHUDE, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.381)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

Acesso ao Sumário

RICARDO DIP (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 27 de maio de 2014.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: Interdição de estabelecimento – Comercialização de máquinas industriais em zona de conservação ambiental – Exercício da atividade sem prévia licença da Prefeitura – Imposição consecutiva de multas – Ausência de regularização – Interdição do estabelecimento – Possibilidade – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de rito ordinário ajuizada pelo Município de Jundiaí em face de MR Equipamentos Industriais e Mairos Lahude, objetivando a interdição do estabelecimento em que o requerido exerce suas atividades, com remoção dos objetos que se encontram no imóvel localizado em zona de conservação ambiental.

A ação foi julgada procedente (fls. 137/142).

Recorre o réu, postulando a reforma do julgado (fls. 145/149).

Recurso regularmente processado e contrarrazoado (fls. 155/157), com parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 164/167).

Os autos foram redistribuídos a esta Relatora em 21 de fevereiro de 2014, na forma da Resolução 639/2014 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça e Portaria nº 02/2014 da Presidência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Trata-se de rito ordinário ajuizada pelo Município de Jundiaí em face de MR Equipamentos Industriais e Mairos Lahude, objetivando a interdição do estabelecimento em que o requerido exerce suas atividades, com remoção dos objetos que se encontram no imóvel, localizado em zona de conservação ambiental.

A ação foi julgada procedente, para declarar interditado o estabelecimento, fixando-se multa cominatória de R$ 5.000,00 para o caso de descumprimento.

Recorre o réu, postulando a reforma do julgado (fls. 145/149). Alega preliminarmente cerceamento de defesa, porquanto proferida sentença sem a oitiva das testemunhas arroladas. No mérito, sustenta que não exerce atividade poluidora e que houve requerimento de vistoria do local em data anterior à

Acesso ao Sumário

vigência da Lei Complementar nº 417/2004. Aduz que a atividade era exercida antes da edição da referida lei, sendo tão somente devido proceder à sua adequação à legislação ambiental.

Sem razão, contudo.

De início, afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

Não é causa de nulidade o julgamento antecipado da lide, ante a existência de um conjunto probatório suficiente à formação da convicção do juiz, que é seu destinatário. A dispensa da produção da prova testemunhal requerida é plenamente legítima, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil:

Artigo 130 – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, não se verifica qualquer prejuízo ao julgamento da demanda, mormente considerando as declarações de fls. 134/135, cujo teor antecipa o conteúdo da prova testemunhal pretendida, consistente na afirmação de que a comercialização de máquinas e equipamentos industriais é exercida no local há mais de 30 anos.

Ademais, a afirmação da MM. Juíza sentenciante de que *não se controverte sobre a atividade exercida pelos réus de depósito e comércio de equipamentos industriais antes da lei municipal de 2004* (fls. 138) reforça a superfluidade da prova requerida.

Quanto ao mérito, não prospera a irresignação do apelante, que insiste na tese de que a preexistência da atividade em relação à edição da Lei Complementar nº. 417/2004 autorizaria a continuidade da comercialização das máquinas industriais no estabelecimento, sendo devida apenas mera adequação à legislação ambiental.

Ocorre que, de acordo com os elementos de prova constantes dos autos, o apelante não logrou comprovar a regularização da atividade, nem a adaptação aos preceitos introduzidos pela nova legislação municipal.

Ora, o estabelecimento do recorrente foi autuado por duas vezes consecutivas, com imposição de multa (fls. 42/43), em razão do exercício de atividade comercial sem prévia licença da Prefeitura Municipal de Jundiaí, conduta esta que viola o disposto nos artigos 124 e 127 da Lei Complementar nº. 14/1990.

A seguir, porque as irregularidades não foram sanadas, inobstante as sanções pecuniárias aplicadas, o estabelecimento foi interditado, consoante dispõe o artigo 107, § 1º, II, do Decreto nº. 19.602/2004:

***Artigo 107** – Quem exercer atividades ou praticar atos sujeitos ao Município dependentes de prévia licença, sem a autorização ou aprovação da*

Acesso ao Sumário

Prefeitura, de que trata o art. 99, parágrafo 2º, ou quem efetuar pagamento de taxas incidentes além dos prazos regulamentares, ficará sujeito às penalidades previstas nos parágrafos seguintes (LC nº 14/90, art. 123) (LC nº 176/96, art. 1º):

§ 1º – Pelo descumprimento das exigências de que tratam os artigos 108, 111 e 115 fica o infrator sujeito (LC nº 14/90, art. 123, § 1º):

I. à multa de R$ 148,00 (cento e quarenta e oito reais) até R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais), de aplicação e graduação estabelecidas na forma regulamentar (LC nº 218/96, art. 1º);

II. à interdição do exercício de atividades, se for dada continuidade destas após a aplicação da multa de que trata o item anterior (LC nº 14/90, art. 123, § 1º).

O que se verifica, de fato, a partir dos documentos acostados aos autos é que os usos existentes no território, quando submetidos ao processo de regularização e licenciamento reproposto em 2005 (fls. 89), foram embargados, no exercício de competência administrativa típica, conforme certidão de uso do solo (fls. 93) e despacho da Divisão de Fiscalização de Atividade do Município de Jundiaí (fls. 94).

E não há como afastar a aplicação da Lei que criou o Sistema de Proteção das Áreas da Serra do Japi, com fundamento no artigo 24 da referida norma.

Com efeito, não foi apresentado nenhum protocolo de projeto junto à Prefeitura, sendo insuficiente o requerimento de vistoria formulado em 2002, quando ausentes os comprovantes das fases seguintes do procedimento (fls. 81v). Aliás, não foi sequer demonstrado que a atividade era exercida de acordo com a legislação vigente no momento do protocolo inicial, concerto este que constitui requisito indispensável, expresso na parte final do artigo ora invocado.

Outrossim, como bem destacou a Douta Magistrada *a quo*, não existe qualquer termo de ajuste de conduta ambiental, firmado de comum acordo entre os interessados e o Conselho de Gestão da Serra do Japi, a permitir usos desconformes, hipótese prevista no inciso V do artigo 3º da Lei em baila.

Nesses termos, deve ser mantida, nos termos em que proferida, a r. sentença, que declarou interditado o estabelecimento e cominou multa para o caso de descumprimento da ordem.

Para fins de prequestionamento, tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000007-35.2004.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GILVANETE ANJOS DOS SANTOS NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA) e LAYS ANJOS DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada AUTARQUIA HOSPITALAR MUNICIPAL.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29277)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de maio de 2014.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Dano material e moral – Responsabilidade civil – Laqueadura tubária que não alcançou o resultado prometido – Perícia médica classificou o resultado da laqueadura como obsoleto – Possibilidade de ineficiência do resultado não foi informado à autora – A atividade médica está inserida entre aquelas sujeitas ao C

ódigo de Defesa do Consumidor – À falta de informação responde o fornecedor que causa o prejuízo ao consumidor – No caso dos autos a gravidez não era esperada, tanto que a autora buscou método contraceptivo – Não se pode ver, entretanto, no nascimento de filho, dano moral – Dano material reconhecido – Os requeridos devem, solidariamente, arcar com gastos referentes à saúde e à educação do menor até sua maioridade civil – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Gilvanete Anjos dos Santos Nascimento, representando a filha **Lays Anjos do Nascimento,** ajuizou ante o **Hospital Municipal de Campo Limpo** e o médico **Carlos Eduardo Buchiarelli Nascimento**, ação de responsabilidade

Acesso ao Sumário

civil por dano material e moral, por erro médico na cirurgia de esterilização, com laqueadura tubária, que não alcançou o resultado prometido. Foram juntados documentos de fls. 21 a 71 sobre a ocorrência.

O Ministério Público se manifestou às fls. 73, às fls. 76 e às fls. 81/90.

A inicial foi aditada (fls. 97/99).

Contestação do Hospital-réu às fls. 121/133 e do réu Carlos Eduardo às fls. 137/143.

Réplica às fls. 157/165.

Manifestação do Ministério Público às fls. 167/172.

Despacho saneador às fls. 178/180.

Apresentação de quesitos às fls. 185 e fls. 188.

Laudo da perícia médico-legal às fls. 229/235.

Crítica ao laudo pericial às fls. 245 e fls. 252.

Manifestações das partes sobre a perícia (fls. 266 e fls. 274).

Esclarecimentos médicos adicionais (fls. 295/296).

Foi indeferida a realização de nova perícia (fls. 309).

Memorial da parte ré às fls. 312, da autora às fls. 325 e do Ministério Público às fls. 317.

Sentença de improcedência da ação às fls. 328.

Apelação às fls. 340.

Contrarrazões às fls. 348.

Manifestação do Ministério Público às fls. 353.

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de dano, ajuizada pela mãe de Lays Anjos do Nascimento, postulando indenização material e moral, sob alegação de erro médico em cirurgia de esterilização, através de laqueadura tubária.

Regularmente processado o feito, com produção de prova técnica, foi a ação julgada improcedente (fls. 328).

A perícia médica bem expôs sobre o "método contraceptivo", esclarecendo sobre seu resultado, que classificou como obsoleto.

Casos idênticos ao dos autos já colheram igual julgamento de improcedência, ante o pedido por reparação de danos (TJSP – Apelação 990.10.157176-5, 13ª Câmara de Direito Público): "laqueadura não se constitui procedimento absoluto, 100% infalível contra as chances de uma nova gravidez".

A r. sentença recorrida não destoa desse entendimento.

Mas se tudo isso é verdade, a possibilidade de ineficiência do resultado deveria haver sido informada à autora. E isso não constou houvesse acontecido. Não há prova iniludível sobre ter sido esclarecido, à autora, sobre a possibilidade

Acesso ao Sumário

de, mesmo com a cirurgia, sobrevir nova prole.

A atividade médica está inserida entre aquelas sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor. E pela falta de informação responde o fornecedor que causa prejuízo ao consumidor.

Não se pode ver no nascimento de filho um dano moral.

Não se duvida que, no caso dos autos, a gravidez não era esperada, mas pelo contrário, evitada pela autora, tanto que buscou método contraceptivo.

Princípio constitucional previsto no art. 226 § 7º consagra diretriz pela qual "*o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*" (Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, ed. Atlas, São Paulo, 2002, p. 683).

No caso dos autos, a autora não pôde exercitar a sua liberdade de deliberação, pois essa lhe foi imposta pela conduta dos requeridos, que interferiram na cadeia causal.

Da mesma maneira que não se pode forçar uma mulher a fazer laqueadura de trompa ou um homem a realizar uma vasectomia, sob pena de se interferir no planejamento familiar do casal, não se poderia como fez a requerida, contribuir para provocar nascimento de filho que a autora não pretendia ter.

Tudo mostra que houve concepção indesejada imposta por culpa dos requeridos em não informar adequadamente a autora sobre a cirurgia a que se submetia. E não se pode duvidar de inicial aflição da autora, quando da notícia de gravidez.

Mas não se pode falar em dano moral dessa situação decorrente. A dor, a aflição, a tristeza experimentada não pode ser superior à alegria, à felicidade do nascimento de um filho. Se assim não se entender não se pode reconhecer qualidade de pai ao ascendente biológico.

Mais que isso, reconhecer tristeza dos pais na vinda do filho é garantir a este dano moral contra aqueles por desrespeito ao dever de assistência moral que os primeiros devem ao segundo. Nem toda dor é danosa, justificadora de reparação. A dor que sofre um pai com a criação do filho é antes regozijo. Já se disse que *ser mãe é andar chorando num sorriso/ ser mãe é ter um mundo e não ter nada/ ser mãe é padecer num paraíso* (Henrique Maximiliano Coelho Neto).

Não se duvida da dor de ser mãe. Mas ela é compensada, e com sobras, pela vinda do filho que, por isso, não pode ser motivo para justificar dor moral. O sofrimento do torcedor durante o jogo de seu clube é compensado quando da vitória. A dor de curta duração, especialmente quando antecedente de alegria que a suplanta em intensidade, não tem preço. Por isso a necessidade, para efeitos indenizatórios, do efeito lesivo durável. Não se há de restituir a alegria

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

pela dor sofrida pela autora se esta já se faz presente, ou ao menos é natural que isso tenha ocorrido.

Entretanto, se dano moral inexistiu, o mesmo não se pode dizer do dano material. A vinda de um filho traz despesas, e muitas. Por isso é de se reconhecer sua existência e a obrigação dos requeridos de suportá-los.

A vinda de um filho traz prejuízos. Se ele não é esperado, nem foi voluntariamente assumido, é justo que quem provocou os novos encargos os suporte, ao menos em parte.

Por isso, as despesas feitas em decorrência da gravidez, e durante esta, com medicamentos, médicos, exames e o próprio parto, devem ser suportados pelos requeridos. O valor de quarenta salários mínimos, pedido, não é despropositado e por isso deve ser atendido. Levando em conta que as mulheres gozam do direito à licença maternidade, período em que se dedicam exclusivamente aos seus filhos, o valor arbitrado mostra-se ainda mais acertado.

Também, devem os requeridos, solidariamente, arcar com gastos referentes à saúde e à educação do menor. Poder-se-ia dizer que a obrigação de sustento incumbe aos pais. Assim se faz porque são eles os responsáveis pela vinda do infante. Mas quando se traz ao mundo uma criança, com maior cooperação, os demais partícipes também passam a ser responsáveis.

Foi o que se deu no caso dos autos.

Não apenas a autora e seu companheiro de procriação concorreram para o nascimento de alguém, mas também os réus, no momento em que, intervindo na vontade das partes, cuidaram de providenciar gravidez não pretendida.

É justo, por isso, que também participem, agora, na criação da menor cuja existência ajudaram a provocar.

Devem os réus arcar com a obrigação de cooperação, e suprir o menor com um salário mínimo até sua maioridade civil.

Em razão da sucumbência mínima, por parte da autora ora recorrente, determina-se a inversão do ônus da sucumbência, arcando os recorridos com o pagamento de custas e despesas processuais. Os honorários advocatícios ficam fixados em R$ 3.000,00.

Dessarte dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0364384-84.2009.8.26.0000, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante DIRCEU PEREIRA LEITE, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GERMANO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 27 de maio de 2014.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Indenização por danos morais – Prisão indevida – Absolvição criminal por atipicidade da conduta – Sentença de improcedência – Responsabilidade objetiva do Estado – Dever de indenizar evidente – Recurso provido.

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por Dirceu Pereira Leite, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, sob o fundamento de ter sido preso em flagrante, denunciado e processado como incurso nos delitos previstos nos artigos 214, 224 e 226 do Código Penal e no qual absolvido com fundamento no artigo 386, III, do Código Penal, circunstância que lhe causou intensa dor moral cuja reparação persegue.

II. O pedido foi julgado improcedente, extinguindo-se o processo, com base no artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Condenado o autor no pagamento das custas e de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais), atualizados.

III. Interposto recurso de apelação pelo autor, pugnando pela reforma da sentença monocrática.

IV. Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação ofertado por autor de ação de indenização por dano moral, ajuizada em face da Fazenda do Estado de São Paulo, sob o fundamento de ter sido preso em flagrante, denunciado e processado como incurso nos delitos previstos nos artigos 214, 224 e 226 do Código Penal e no qual absolvido com fundamento no artigo 386, III, do Código Penal, circunstância que lhe causou intensa dor moral cuja reparação persegue, mas que julgada improcedente na origem.

Acesso ao Sumário

O recurso merece provimento.

Ao que se vê da documentação encartada aos autos, o autor veio a ser preso em flagrante pelo cometimento do delito dos artigos 214 (atentado violento ao pudor na forma tentada), 224 e 226 do Código Penal.

Foi denunciado e processado, tendo permanecido preso por 67 (sessenta e sete) dias.

Ao final da instrução processual, foi absolvido por atipicidade de sua conduta, nos seguintes termos:

"*Seja como for, o certo é que, encerrada a instrução, aquelas dúvidas – já antes vislumbradas pelos Insignes Desembargadores – tornaram-se concretas. O fato narrado na denúncia é atípico, não caracterizando, sequer, início de execução de um crime de atentado violento ao pudor.*

Silente na fase policial, o réu, em juízo, negou a imputação, afirmando que se aproximou dos menores sabedor das dificuldades financeiras das respectivas famílias, deixando assente, ainda, que tal conduta amainava seu desejo de ter sido pai de filhos homens. Aduziu que assim agiu sem qualquer intenção libidinosa e que, em nenhum momento, praticou com eles atos que pudessem configurar abuso.

A vítima Fábio afirmou que sempre saía com o acusado, vezes para auxiliá-lo no cumprimento de mandados judiciais na zona rural do município – serviço que era remunerado – outras para comer lanches. Confirmou que foi presenteado pelo acusado com relógio, bicicleta e roupas. Mas, importante frisar, Fábio sempre deixou assente que nunca sofreu qualquer abuso por parte do acusado e dele não recebeu qualquer proposta indecorosa. Não há nos relatos de Fábio indicações da tentativa de abuso afirmada na denúncia.

Os menores Pablo e Elias, que algumas vezes acompanharam o acusado e a vítima, também nada disseram sobre o fato de Dirceu ter tentado seduzi-los ou, de alguma forma, abusar sexualmente deles.

Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que os autos ofertassem indícios de anteriores abusos, o que deve ser ressaltado é que o denunciado está sendo acusado de, no dia 11 de abril de 2003, ter iniciado a execução de um crime de atentado violento ao pudor contra Fábio. E, em relação a isso, o que se tem é que ambos, acusado e vítima, foram encontrados pelos policiais no interior do veículo de Dirceu, que estava estacionado nas margens da rodovia Paulo Virgínio.

Nada indica – e nada de concreto se apurou – que pudesse autorizar o reconhecimento do início de execução do delito e nem que ambos ali estavam para, consensualmente ou não, praticarem atos libidinosos.

Os policiais ouvidos nada esclareceram a respeito, havendo, ainda, indicações de que o réu e o menor ali estavam comendo lanches, pois, de acordo com os relatos das testemunhas Lúcio Thomaz da Silva e José de Oliveira Abreu, quando da chegada dos policiais, Fábio tinha

Acesso ao Sumário

uma garrafa de refrigerante nas mãos.” (fls. 101/102).

A sentença criminal absolutória foi mantida pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, cabendo destacar:

“*As condições em que o réu e a vítima foram abordadas, segundo se infere dos relatos dos policiais, não torna presumível que estava o acusado iniciando a execução do atentado violento ao pudor. E nem mesmo por suposição, diante da negativa do réu corroborada pela fala da vítima, é possível imputar-lhe a conduta descrita na exordial acusatória.*

*As demais testemunhas, **não presenciais**, narraram o que teriam ouvido de terceiros, e mesmo que tenham da própria vítima ouvido sobre o abuso sexual, a negativa desta torna controversa a referida prova acusatória.*

Os menores Pablo e Elias não confirmaram ter sofrido abuso sexual, e muito menos disseram que Fábio teria sido vítima do crime narrado na denúncia.

Ressalta-se, ainda, que os laudos periciais não atestaram a prática de atos libidinosos (cf. fls. 56 e 57).” (fls. 110/111).

Induvidoso, portanto, que o autor, nada obstante preso, denunciado e processado pela prática de seríssimo crime, veio a ser absolvido por atipicidade da conduta.

Nada obstante essa circunstância – o reconhecimento do equívoco estatal na imputação criminosa –, teve negada a reparação moral, seja pela licitude da conduta do Estado, seja pelo Magistrado imputar ao próprio autor as consequências decorrentes de seus atos, seja porque, embora tenha sido absolvido por atipicidade da conduta, arvorou-se o Magistrado Monocrático em classificar de suspeito e estranho seu comportamento.

A sentença monocrática divorciada da melhor doutrina e vazada em termos absolutamente preconceituosos contra a pessoa do autor merece ser revista pelos fundamentos que ora se elenca.

Todavia, se o Estado imputou ao autor-apelante a prática de crime, se o encarcerou, mas não conseguiu provar a responsabilidade criminal, evidente o dever de indenizar.

Trata-se, aqui, de típica responsabilidade objetiva do Estado que, à evidência, independe da ocorrência de culpa ou dolo.

Nos dias que correm, no plano da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, dano ressarcível tanto resulta de ato doloso ou culposo do representante do Estado, como também de ato que, não revelador de culpa do agente ou de falha da máquina administrativa, tenha caracterizado como injusto e gravoso para o particular, ferindo sua esfera de direito subjetivo.

Ora, se num primeiro momento repugna a nossa consciência jurídica pretender responsabilizar a administração pública por atos ou fatos não

Acesso ao Sumário

decorrentes de culpa *lato sensu*, é mister que despojemos do raciocínio e lógica privatística, para analisarmos questão no contexto amplo do direito público.

Os pressupostos da responsabilidade civil no direito privado mostram-se insuficientes para a adequação do problema no âmbito do direito público.

A doutrina da responsabilidade estatal vem ao longo dos séculos em contínua evolução no sentido de ampliar a proteção aos particulares que foram de alguma forma atingidos pela atividade pública.

Na origem do direito público, à época dos Estados absolutistas vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado que, sendo soberano, não podia causar males. Daí o se afirmar na França *Le Roi ne peut mal faire* ou *The King can do no wrong*, na Inglaterra.

Rompendo as amarras da teoria da irresponsabilidade ditada pelo Estado absolutista, no famoso caso Blanco, por meio de construção pretoriana, ainda à margem de qualquer texto legislativo, veio a se reconhecer a responsabilidade civil do Estado.

Uma vez admitida essa, a teoria não parou de evoluir, refletindo o amadurecimento, a experiência e o aperfeiçoamento da consciência jurídica dos povos.

Bateram-se a doutrina e a jurisprudência pela fixação da responsabilidade subjetiva do Estado, já contudo, ultrapassando os princípios privatísticos, como o de culpa individual para se deflagrar a responsabilidade do Estado. Tal noção civilista, como nota Celso Antônio Bandeira de Mello ("Elementos de Direito Administrativo" – pág. 257 – 1ª edição – R.T. São Paulo – 1986) é ultrapassada pela ideia de *faute du service* ou falta de serviço, quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

Buscando ampliar a proteção ao administrado, ainda uma vez a construção pretoriana, secundada posteriormente por textos legislativos, veio a admitir também hipóteses de responsabilidade objetiva ao Estado, sem necessidade de se perquirir do dolo ou culpa de seus agentes ou mesmo de *faute du service*, fixando-se na teoria do risco administrativo.

Esta, sendo a expressão da equilibrada evolução dos conceitos de responsabilidade civil no âmbito do direito público, dispensa a caracterização de iliceidade dos atos da administração, dada a característica especial desta ficção jurídica que é o Estado.

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano tão só do ato lesivo e injusto causado ao particular. Não se exige culpa nem falta do serviço. Basta a lesão, sem concurso do lesado. Ou na magnífica síntese de Hely Lopes Meirelles:

"*Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço. Naquela a*

Acesso ao Sumário

culpa é presumida da falta administrativa; nesta é inferida do fato lesivo da administração."[1]

A teoria do risco administrativo tem conquistado terreno sobre a responsabilidade fundada exclusivamente na culpa, na elaboração normativa e na jurisprudência, vindo a solucionar hipóteses que não poderiam ser, com justiça e equidade, no âmbito estreito da culpa.

Assim, como quer Cirne Lima ("Princípios de Direito Administrativo") a culpa e o risco formam as bases essenciais da responsabilidade da administração pública pelo dano decorrente do fato de seus agentes ou do fato das coisas a seu serviço.

Mas enquanto:

"*... a culpa supõe que o agente tenha ou deva ter conhecimento pleno de todos os fatores e circunstâncias, suscetíveis de determinar os efeitos e resultados do ato...*

O risco, pelo contrário, supõe que o agente não possa ter conhecimento pleno de todos os fatores e circunstâncias, suscetíveis de determinar os efeitos e resultados do ato, arcando-se, portanto, com a prática do ato, um risco, quer dizer, a possibilidade de efeitos ou resultados imprevistos."[2]

O risco traduz a necessidade social de paz e progresso da sociedade. As complexas relações sociais modernas exigem a criação de novas situações jurídicas a desafiar e a exigir soluções sem desmantelo da harmonia social. A insegurança material da vida moderna criou a teoria do risco proveito, sem se afastar dos princípios de uma moral elevada, sem postergar a dignidade humana e sem deter a marcha das conquistas do homem (Alcino de Lima – "Da culpa do risco", 1938, pág. 288).

Daí o porquê que pelo dano decorrente da atividade de risco necessária, deve responder o agente a quem tal atividade aproveita.

Segundo a erudita pena do grande Pedro Lessa ("Do Poder Judiciário" – 1915 – pág. 164) repousa a teoria do risco administrativo no princípio da igualdade dos ônus e encargos que se articula no princípio da solidariedade humana.

Os serviços públicos nem sempre funcionam como deveriam. Acarretam, por isso, certas disfunções e certos males que devem ser sofridos por todos, contribuindo cada uma para a indenização do dano que sobre um só incidiu.

E por outro lado, se da solidariedade de todos nasce e floresce a máquina administrativa, do prejuízo ocasionado pelo aparelho público, nascerá a obrigação equitativa de indenizar, que se difundirá por todos os administradores

1 "Direito Administrativo Brasileiro" – p. 550 – 10ª edição – Revista dos Tribunais – São Paulo – 1984.

2 Ob. cit. – p. 198 – 5ª edição – Revista dos Tribunais – 1982.

Acesso ao Sumário

solidários como aquele que, individualmente, suportou o dano. E a expressão da solidariedade dos administrados outra não é senão o próprio Estado.

E assim é, como observou esta figura extraordinária de magistrado, cujas decisões se encontravam à frente se sua época, que foi Pedro Lessa:

> "*desde que o particular sofreu prejuízo, em conseqüência do funcionamento (irregular ou regular, pouco importa) do serviço organizado no interesse de todos, a indenização é devida*" ("Do Poder Judiciário", 1915, pág. 166).

Em arremate, por todas estas circunstâncias expostas é que a temática da responsabilidade civil no âmbito do direito público diferencia-se profundamente da ótica que lhe empresta o direito privado. Os conceitos e institutos destes são insuficientes para a plena solução do tema na esfera publicista, porque diversos são os interesses e pessoas envolvidas.

Acerca desta temática, preferimos ficar com Onofre Mendes Júnior, que considera a responsabilidade do Estado um problema de justiça social, salientando:

> "*...sendo o objetivo do Estado a realização do bem comum, que é o de todos e o de cada um, assim como não se pode sacrificar o direito da coletividade em benefício do indivíduo, também não é lícito o sacrifício do direito individual, em benefício da coletividade, sem a conseqüente reparação. Se o Estado pudesse impunemente oprimir o indivíduo, prejudicando-o em seu direito ou em seus legítimos interesses, em proveito da coletividade, evidentemente a repetição deste gesto importaria, afinal, em ameaça à própria sobrevivência do regime. É que a repetição de fenômeno, em extensão ilimitada, geraria uma diminuição cada vez maior do patrimônio privado, em benefício do patrimônio público.*"[3]

Assim, do ponto de vista jurídico a questão tratada, no âmbito do direito público, encontra solução na socialização da responsabilidade do Estado, de forma tal que por intermediação desse, todos respondam, proporcionalmente, pelos danos que esse mesmo Estado em qualquer das facetas de sua soberania (Estado-executivo, Estado-legislador e Estado-juiz) venha causar a direito individual.

Por outro lado, a possibilidade de responsabilização do Estado por danos decorrentes da atividade jurisdicional não é matéria de fácil tratamento.

As objeções às tentativas de responsabilização do Estado por atos jurisdicionais não são poucas e, alguns até, penso são respeitáveis.

Dir-se-á: o Poder Judiciário é soberano; os juízes têm que agir com independência na interpretação da lei e no exercício da judicatura; o juiz não é funcionário público e a indenização por eventual dano decorrente de decisão

Acesso ao Sumário

3 "Direito Administrativo" – p. 314 – vol. 1 – 2ª edição – 1961.

judicial vulneraria a regra e a garantia da coisa julgada.

A questão, todavia, modernamente não mais merece ser tratada em termos acanhados ou corporativistas, nada obstante recomende necessária prudência.

Um primeiro aspecto que merece abordagem é a tripartição de poderes, operada por Montesquieu e consagrada no Constitucionalismo moderno.

Essa tripartição é metodológica e busca de um lado a eficiência decorrente de especialização e, de outro, o controle do poder com sua pulverização em diversos órgãos daquelas prerrogativas que se refutaram nas mãos do monarca.

Todavia, o poder é uno. Qualquer que seja sua especialização, todas as manifestações de vontade emanadas do Estado relacionam-se a um único querer.

Daí o porquê não procede o argumento da soberania. Os poderes conquanto independentes não são soberanos ou não exercem soberania incontrastável, mas encontram limites nas competências constitucionais.

A soberania, cabe lembrar, é atributo do Estado e não pode ser confundida com atuação arbitrária, ilegal e inconstitucional dos poderes.

A admitir essa tese, que por vezes prevalece nos tribunais, inclusive, no Supremo Tribunal Federal, não seria o caso de se indagar se soberanos também não são os poderes Legislativo e Executivo?

Por que só os atos do Poder Judiciário seriam insuscetíveis de gerar reparação a pretexto de sua soberania. Admitida a tese, não seriam acaso os demais poderes também soberanos?

A questão é, nesse aspecto, mal compreendida. Não há que se confundir independência com soberania. E nenhum exercício de soberania pode se sobrepor à Constituição da República.

A independência, por sua vez, também não pode justificar que se coloquem os atos jurisdicionais ao abrigo da responsabilidade do Estado. Acaso também não seriam independentes os demais poderes?

Acresce-se, ainda, que a prestação jurisdicional tem sim uma dimensão de serviço público e conquanto não seja o juiz "funcionário público", é agente político que ocupa cargo público da estrutura constitucional do Estado. Sua atuação, além de representar uma manifestação da soberania do Estado, nos limites da Constituição, é também uma garantia essencial do regime democrático e também serviço público.

A noção de serviço público, hodiernamente, não se liga só à ideia de função administrativa, como já advertia Pontes de Miranda:

> "*...serviço público é todo aquele que concerne ao desenvolvimento da atividade do Estado, nos seus três ramos: Legislativo, Judiciário e Executivo.*"[4]

4 *Apud* – Augusto do Amaral Derguit – "Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais" – pág. 112

Acesso ao Sumário

Finalmente, eventual condenação do Estado a reparar danos decorrentes da atividade jurisdicional não implica alteração da coisa julgada.

É evidente que essa temática não é de fácil abordagem e, por vezes, se presta a equívocos que convém desfazer.

A responsabilidade que aqui se refere é objetiva do Estado e não do magistrado, limitada aos casos de dolo ou fraude e, admita-se, pelo retardamento injustificado da prestação jurisdicional.

Não se quer, nem se pretende que se tolha a independência dos juízes na interpretação da lei e das provas dos autos, garantia última do regime democrático. Nem mesmo a interpretação incorreta da lei ou das provas ensejará responsabilidade do magistrado, mas sim do Estado.

Em nossa atuação jurisdicional temos admitido condenar o Estado nas hipóteses de prisão preventiva decretada em face de quem não foi o autor do delito e de absolvição em segunda instância de acusado condenado na primeira, sem que esse pronunciamento implique em censura ou desprestígio para a decisão judicial.

Pode ocorrer que, em princípio e dentro de uma perspectiva razoável, os requisitos ensejadores da medida estivessem presentes naquele momento. Distintos são os critérios, requisitos e provas para o decreto de uma prisão preventiva e uma condenação criminal.

O juiz que decidiu, em uma cognição sumária, perquirindo tão somente a materialidade do delito e indícios de autoria, com base no resultado investigatório de outros agentes públicos, não praticou ilícito algum. Todavia, se aquele em face de quem a prisão temporária foi decretada deixa de ser denunciado, em outro momento, e permanece encarcerado por tempo maior do que o determinado pela lei, evidente a responsabilidade civil do Estado por eventuais danos materiais e pelos evidentes danos morais.

No mesmo sentido, há responsabilidade do Estado pelo erro judiciário, essa admitida em face do disposto no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal e 630 do Código de Processo Penal.

Todavia, mesmo nas hipóteses em que o denunciado venha a ser absolvido, evidente a responsabilidade do Estado sem que haja o reconhecimento formal do erro judiciário, por ausência de provas.

Se o Estado imputou a alguém a prática de um crime, o denunciou, mas não provou sua culpa em julgamento definitivo, aliás, ônus seu, tem que responder pelos evidentes danos que causou à pessoa.

Desnecessário lembrar a presunção de inocência que a Constituição Federal defere aos cidadãos.

Não é o denunciado que deve provar sua inocência para obter a reparação,

– Revista dos Tribunais

Acesso ao Sumário

mas sim o Estado que denunciou que deve provar sua culpa.

Se denuncia, se imputa ao cidadão a prática de um crime e não prova a autoria deve sim sujeitar-se à responsabilidade por eventuais danos materiais e pelos evidentes danos morais.

Isso porque o dever do Estado indenizar não decorre só de ato ilícito no exercício da jurisdição, mas também, por vezes, de ato lícito.

O ato lícito, na hipótese, decorre do exercício da potestade estatal que embora sendo, naquele momento regular, revelou-se indevida.

Se a pessoa se vê presa ou denunciada por prática de crime, com a presença dos pressupostos ensejadores da atuação do Estado, não se pode falar de ato ilícito.

Todavia, o ato lícito estatal se revela lesivo ao particular por não ter o Estado provado sua culpa, ensejando, assim, a indenização.

Isso porque o "ato de risco" inerente à privação de liberdade da pessoa, justificado em nome do benefício coletivo foi obtido à custa de uma brutal violação à sua liberdade individual e a seu direito.

Daí o porquê a própria coletividade representada pelo Estado deve arcar com o ônus da atuação do Estado que, tendo-se revelado lícito, onerou demasiadamente um de seus membros.

É o corolário lógico do princípio da igualdade que informa toda Constituição, que leva a se mensurar e a obrigar à indenização o Estado, que agrava desigualmente alguém ao cumprir tarefas no interesse coletivo.

Essa responsabilidade que decorre diretamente da Constituição (art. 5º, LXXV) é de caráter objetivo e independe de qualquer imputação que se possa ou não fazer ao representante do Estado.

O tema, portanto, não pode ser encarado numa perspectiva meramente corporatista, nem como meio de acuar os juízes e ceifar-lhes a independência.

Se há dano ao particular em decorrência de ato jurisdicional, o Estado deve ser chamado a compô-lo, sem que isso signifique que o juiz tenha praticado ato ilícito.

Sua responsabilidade, evidentemente, será sempre limitada às hipóteses de dolo, fraude ou retardamento injustificado da prestação jurisdicional.

Daí o porquê se concluir que não só os **comportamentos ilícitos** como também os **comportamentos lícitos** do Estado-Juiz implicam em dever de indenizar.

Evidentemente que, o dever de reparar o dano resultante de comportamento lícito do Estado, vale dizer, aquele que ocasionou a lesão pela sua adoção, há de ser excepcional, como nas hipóteses de prisão provisória e posterior absolvição, oferecimento de denúncia criminal sem que se prove a culpa do denunciado.

Acesso ao Sumário

A excepcionalidade se liga aos anormais encargos materiais e morais sofridos pelo particular pela atuação do Estado-Juiz, vale dizer, quando uma pessoa vem a sofrer ônus além daqueles que seriam suportáveis pela coletividade.

Advirta-se, portanto, para que essa decisão não se preste a interpretações equivocadas ou oportunistas, que não é tão somente qualquer prejuízo decorrente numa ação judicial que implicará direito à indenização.

Essa responsabilidade só haverá em casos de condutas lícitas, em hipóteses como a dos autos.

Assentadas essas premissas passa-se à análise e ao arbitramento do dano moral.

É mais do que evidente e, por isso mesmo, independe de prova objetivamente produzida nos autos, a dor moral de inocente que vem a ser preso e lá mantido indevidamente por suposto cometimento de crime.

Daí o porquê, pelo meu voto dou provimento ao recurso para condenar a ré a pagar a importância de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais, com juros de mora a contar do ajuizamento e correção monetária dessa data, além das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0064124-58.2011.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante HOSPITAL DE CLÍNICAS DA UNICAMP, são apelados SHEILA GRACIELA BARBOSA e MARIA DE LOURDES APARECIDA RAFAEL.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.375)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 2 de junho de 2014.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – Prontuários médicos das autoras, incluindo

fichas de atendimento, anotações de enfermaria, exames realizados, receitas, laudos e prescrições, além de relatório circunstanciado informando o histórico médico, data de internações, exames de compatibilidade para doação de órgãos, realização do transplante, causa da rejeição, métodos utilizados para evitá-la e procedência do órgão após a retirada – Extinção do feito sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, VI, CPC – Honorários advocatícios devidos ante o princípio da causalidade – Honorários fixados nos termos do artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil – Apeladas beneficiárias da Assistência Judiciária Gratuita – Execução dos honorários condicionada à ocorrência do disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50 – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de medida cautelar de exibição de documentos ajuizada por SHEILA GRACIELA BARBOSA e MARIA DE LOURDES APARECIDA RAFAEL em face do HOSPITAL DE CLÍNICAS DA UNICAMP, visando a exibição dos prontuários médicos das autoras, incluindo fichas de atendimento, anotações de enfermaria, exames realizados, receitas, laudos e prescrições, além de relatório circunstanciado informando o histórico médico, data de internações, exames de compatibilidade para doação de órgãos, realização do transplante, causa da rejeição, métodos utilizados para evitá-la e procedência do órgão após a cirurgia de retirada. Alegam que a primeira requerente sofre de uma grave doença, necessitando de um transplante urgente de rim, e sua mãe (segunda requerente) se prontificou a fazer a doação de um dos seus rins; que ambas passaram por uma série de exames de compatibilidade até ser diagnosticada a possibilidade segura de doação; que no momento da cirurgia o rim foi retirado da doadora e implantado na primeira requerente, mas logo desta retirado; que as enfermeiras do réu informaram que o motivo da rejeição foi a baixa circulação do sangue da paciente no momento da cirurgia, mas no dia anterior haviam feito vários exames para assegurar o sucesso da doação; e que a segunda requerente fez um pedido de cópia do laudo ao órgão competente, mas obteve como resposta uma biópsia em nome da primeira requerente, não se sabendo até a presente data quais foram os reais motivos da rejeição e o que ocorreu com o órgão doado.

Acesso ao Sumário

A medida liminar foi deferida a fls. 14.

Os documentos foram apresentados juntamente com a contestação (fls. 27/511).

A r. sentença de fls. 519 acolheu a preliminar de ausência de interesse de agir, entendendo que por não ter sido assinalado o campo “cópia de prontuário”, não tinha a autarquia o dever de exibir o prontuário médico, razão pela qual o feito foi julgado extinto, sem apreciação do mérito, nos moldes do artigo 267, VI, do CPC, deixando de condenar a requerente nos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária.

A Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP interpôs recurso de apelação a fls. 525/528 alegando, em síntese, que ao isentar as apeladas de responder pelos ônus sucumbenciais a sentença recorrida relativizou a aplicação do artigo 20 do Código de Processo Civil e inviabilizou a aplicação do artigo 12 da Lei nº 1.060/50, sendo necessária a sua reforma para que seja estabelecida a condenação, inclusive com a fixação da verba honorária sucumbencial.

Recurso bem respondido (fls. 531/536).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Cuida-se de medida cautelar de exibição de documentos ajuizada em face do Hospital de Clínicas da Unicamp, em que foi reconhecida a falta de interesse de agir das autoras por não ter sido corretamente preenchido o requerimento de cópia do prontuário médico, o que levou à extinção do processo sem resolução do mérito, inobstante a apelante tenha juntado aos autos cópia de todos os documentos solicitados.

Todavia, o Magistrado de primeira instância deixou de condenar as requerentes ao pagamento das verbas sucumbenciais em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

O fato de as apeladas serem beneficiárias da Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50, não as isenta do dever de arcar com os ônus sucumbenciais a que deram causa.

É certo que o ajuizamento da medida cautelar de exibição de documentos exigiu que a apelante resistisse à pretensão apresentada pelas autoras, instalando-se controvérsia sobre a questão, que poderia ter sido evitada acaso tivessem preenchido corretamente o requerimento administrativo para apresentação dos prontuários médicos.

Restando vencidas as autoras, a elas compete o pagamento de honorários advocatícios, por força do princípio da causalidade, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Neste sentido é a posição deste tribunal, com destaque:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – COBRANÇA – DESISTÊNCIA DA AÇÃO, APÓS INSTAURAÇÃO DO CONTRADITÓRIO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIOS DA CAUSALIDADE E SUCUMBÊNCIA – FIXAÇÃO MEDIANTE APRECIAÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ – ART.

***20, § 4º, OBSERVADOS OS CRITÉRIOS CONSTANTES DO § 3º, ALÍNEAS "A" A "C", DO CPC – RECURSO PROVIDO.* (Apelação Cível nº 9146323-40.2008.8.26.0000 – 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Francisco Casconi – j. 23.08.2011).**

***DESAPROPRIAÇÃO DIRETA – Desistência superveniente da ação – Honorários advocatícios – Incidência do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil – Apreciação equitativa do juiz – Apelação da Municipalidade de São José do Rio Preto parcialmente provida – Apelação da autora não provida.* (Apelação Cível nº 9097506-47.2005.8.26.0000 – 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Fermino Magnani Filho – j. 15.08.2011).**

***Honorários advocatícios – Impugnação ao cumprimento de sentença – Rejeição – Verba devida – Incidência dos princípios da causalidade e da sucumbência – Inteligência dos art. 20 e 475, J, § 1º, do CPC – Fixação conforme os ditames do art. 20, § 4º, c.c. o art. 20, § 3º, 'a', 'b' e 'c', do CPC – Recurso parcialmente provido.* (Agravo de Instrumento nº 0114486-91.2006.8.26.0000 – 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho – j. 15.03.2007).**

Dessa forma, merece ser reformada a sentença recorrida, para condenar as autoras ao pagamento de honorários advocatícios, ora fixados em R$ 500,00, por força do disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

A fixação do valor dos honorários respeitou os parâmetros fixados no § 3º do já mencionado dispositivo legal, em especial a simplicidade da demanda e o grau de zelo e tempo dedicados à causa.

Todavia, deve ficar consignado que a execução da verba honorária somente será possível caso haja mudança na condição de pobreza das apeladas, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Pelo exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso interposto pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0080948-97.2008.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado FELSBERG, PEDRETTI MANNRICH E ADAIR ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS, é apelada/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo do contribuinte e negaram provimento ao da municipalidade. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22262)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 22 de maio de 2014.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA – ISS – Sociedade de advogados – Manutenção do regime privilegiado estatuído pelo artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, segundo o artigo 10 da Lei Complementar nº 116/03 – Entendimento do E. STJ – Precedentes desta Corte, no sentido de que o tributo deve ter por base o número de profissionais que tenham prestado serviços com caráter pessoal, em nome da sociedade, no âmbito do Município credor – Provimento do apelo da contribuinte, restando improvido o recurso da municipalidade.

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 430/433, a qual julgou parcialmente procedente esta ação declaratória, condenando o município as verbas de sucumbência, buscando a autora, nesta sede, a reforma do julgado no tocante ao direito de recolher o ISS exclusivamente sobre o número de profissionais lotados no município de Campinas e não sobre a totalidade dos profissionais habilitados que integram a sociedade a qual pertence a autora (fls. 435/462).

Apela também a municipalidade, em suma, dizendo não fazer jus – a contribuinte – ao recolhimento privilegiado do ISS com fulcro no artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, sob sua ótica, revogado pelo artigo 10 da Lei Complementar nº 116/03 e que a autora não se enquadra no § 5º, do artigo 28, da Lei Municipal nº 12.392/05, tratando-se de pessoa jurídica, constituída de forma organizada, em mais de um município, postulando a reforma do julgado para o fim de legitimar a exigibilidade do imposto no regime de lançamento por homologação, incidente sobre a receita bruta da empresa (fls. 466/488).

Recursos tempestivos, preparado (fls. 463/464) e com resposta (fls. 491/527) apenas pela autora, sendo ambos remetidos a este E. Tribunal.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

É o relatório, adotado, no mais, o da respeitável sentença.

Considera-se que, após a Lei Complementar nº 116/03, persiste o regime privilegiado para as sociedades, antes previsto no artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, com a sua última redação, dada pela Lei Complementar nº 56/87.

Nesse sentido, encontra-se o entendimento pacificado pelo E. STJ acerca dos temas ora debatidos, como se vê nos ***RESPs nºs. 623.772 e 713.752***, onde aquela C. Corte consolidou orientação, no sentido da preservação do artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, mesmo depois da Lei Complementar nº 116/03 e da concessão do regime privilegiado, aos escritórios de advocacia, em todos os casos reconhecendo o preenchimento dos necessários requisitos legais, por parte deles.

Sobre o tema vale registrar:

"RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – TESE DOS 'CINCO MAIS CINCO' – LEI COMPLEMENTAR 118/2005 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ERESP 644.736/PE – PRIMEIRA SEÇÃO RATIFICOU ENTENDIMENTO – REsp 1.002.932/SP SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 284/STF – INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS.

1. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal. 2. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea 'c' do permissivo constitucional. 3. A Corte Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp 644.736/PE, acolheu o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão 'observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.107, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional', constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 (entendimento ratificado pela Primeira Seção, no REsp 1.002.932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, DJ de 18.12.2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008). 4. A jurisprudência desta Corte firmou posição no sentido de que a sociedade uniprofissional de advogados de natureza civil, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68 não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra, de maneira que não ocorre o repasse do encargo a terceiros a exigir o cumprimento do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional nas ações de repetição de indébito da exação em comento (EREsp 724.684/RJ, dentre outros). 5. Recurso especial parcialmente

Acesso ao Sumário

conhecido e, nessa parte, não provido.” (STJ – REsp 1196754/RS – 2ª Turma – Rel. Ministra ELIANA CALMON – DJe 22/09/2010).

Então, sendo aquele D. Tribunal o intérprete máximo da legislação infraconstitucional, tais julgamentos devem ser observados, segundo os quais, há base legal – na legislação federal – para o pleito da contribuinte, independentemente da legislação municipal, em homenagem aos princípios da isonomia e capacidade contributiva.

Desse modo, a pretensão da municipalidade não pode ser acolhida.

Por sua vez, a irresignação da contribuinte comporta amparo.

No que diz respeito especificamente à questão aventada pela autora, este Tribunal, através das Colendas 14ª, 15ª e 18ª Câmaras de Direito Público Municipal, já teve oportunidade de se pronunciar em diversas oportunidades, em apelações envolvendo a Municipalidade de Campinas, nas quais se deliberou pela incidência do ISS calculado em relação a cada profissional habilitado, que tenha prestado serviços, em caráter pessoal e em nome da sociedade, no âmbito do Município credor.

Dentre outros:

APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – ISS – Sociedade de advogados – Tributo calculado com base na totalidade de sócios do escritório – Pretendido recolhimento pelo regime de alíquota fixa, apenas em razão dos sócios responsáveis pela prestação de serviços em Campinas – Inteligência do § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei 406/68, que não foi revogado pela Lei Complementar nº 116/03 – Demonstrado, prima facie, o direito líquido e certo ao tratamento diferenciado, com o cálculo do ISS com base nos sócios que se ativam em Campinas – Segurança concedida – Sentença reformada – Recurso provido. (Apelação Cível nº 0038180-25.2009.8.26.0114, Campinas, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Eutálio Porto, j. em 30.06.2011).

ISSQN – FILIAL DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS COM SEDE NA CAPITAL – ART. 9º DO DECRETO-LEI Nº 406/68 – BASE DE CÁLCULO – NÚMERO DE PROFISSIONAIS HABILITADOS QUE EFETIVAMENTE PRESTARAM SERVIÇOS EM NOME DA SOCIEDADE NO MUNICÍPIO DE CAMPINAS – COBRANÇA COM BASE NA TOTALIDADE DOS SÓCIOS – IMPOSSIBILIDADE. Tratando-se de sociedade de advogados, havendo filial em outra municipalidade, a base de cálculo do ISSQN deve ser calculada em relação a cada profissional habilitado, independentemente da condição de sócio ou empregado, bastando que tenha prestado serviços, com caráter pessoal e em nome da sociedade, no âmbito do município credor – Art. 9º, caput e §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68, sendo vedada a cobrança com base em todo o quadro societário da entidade, sem a comprovação da efetiva prestação de serviços. RECURSO PROVIDO. (Apelação nº 994.09.248320-3,

Acesso ao Sumário

Comarca de Campinas, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Carlos Giarusso Santos, j. em 14.07.2011).

Assim, é de rigor a reforma da v. sentença no tocante ao direito da autora ao recolhimento do ISS, unicamente com relação aos sócios que exercem a atividade de advocacia no Município de Campinas.

Por tais motivos, para o fim supra, dá-se provimento ao recurso da contribuinte, restando improvido o apelo da municipalidade.

Jurisprudência - Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006243-86.2011.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante MAURÍCIO MARTINS MELLO ROCHA TAMIOSO, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS FAZENDÁRIO E OFICIAL, NOS TERMOS QUE CONSTARÃO DO ACÓRDÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.132)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente), RICARDO DIP e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: ITCMD. Anulação de Auto de Infração e Imposição de Multa. Alegação de que transferência de valores entre o autor e seu genitor não corresponde a uma doação, e, sim, a um empréstimo. Sentença de parcial procedência. Recurso do autor improvido. Hipótese em que o autor não se desincumbiu do ônus probatório. Ausência de comprovação do empréstimo e seu pagamento, prevalecendo o "perdão da dívida" – então fato gerador do ITCMD – noticiado nas Declarações de Imposto de Renda originais do autor. Inocorrência da decadência do crédito tributário. Correta a base de cálculo utilizada para apurar o tributo, diante da ausência de provas sobre o

Acesso ao Sumário

pagamento de parcelas do "empréstimo" alegado pelo autor. Recursos oficial e fazendário providos. Multa punitiva corretamente fixada no AIIM. Inteligência da Lei Estadual nº 10.705/00 e do Decreto Estadual nº 46.655/02. Condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios.

VOTO

I. Ação anulatória de débito fiscal movida por MAURÍCIO MARTINS MELLO ROCHA TAMIOSO contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a desconstituição do Auto de Infração de Imposição de Multa nº 3.119.907-0, lavrado em razão do não recolhimento do Imposto de Transmissão "Causa Mortis" e Doação – ITCMD, no montante de R$ 34.480,00 (trinta e quatro mil, quatrocentos e oitenta reais), incidente sobre doação em dinheiro recebida pelo autor de seu genitor – Sr. Julio Tamioso Filho, no valor de R$ 862.000,00 (oitocentos e sessenta e dois mil reais).

A r. sentença de fls. 215/221, de relatório adicionalmente adotado, julgou parcialmente procedente a ação, "*para, embora reconhecendo a exigibilidade do tributo e a validade do auto de infração e imposição de multa AIIM nº 3.119.907-0, lavrado em 26.08.2009 (copiado a fls. 34/36; 1º v), impor a redução da multa para 20% (vinte por cento) do crédito fiscal, com fundamento no art. 150, IV, da Constituição Federal*.". Diante do resultado da demanda, compensou entre as partes as custas e despesas do processo, arcando cada qual com os honorários dos respectivos patronos.

Determinado o reexame necessário, sobreveio recurso de apelação de ambas as partes. O autor, nas razões de fls. 224/229, busca a declaração de inexigibilidade do tributo, sustentando a inocorrência da apontada doação, mas, sim um empréstimo entre ele e seu genitor, realizado em 2002 e liquidado entre os anos de 2004 e 2009. Em caráter subsidiário, aduz que: a) o crédito tributário já se encontra abarcado pela decadência desde 2008; b) deve ser revista a base de cálculo utilizada para a apuração do tributo, uma vez que desde 2002 "*ano a ano foram sendo amortizadas* [sic] *valores da dívida total conforme fls. 11, 19, 23, 33, 41*" (textual – fls. 228).

A Fazenda Estadual, por sua vez, no arrazoado de fls. 235/238, pede a total improcedência da ação, devendo, para tanto, ser: a) afastada a redução da multa punitiva, com a manutenção do valor fixado no AIIM, nos termos do art. 38, inciso II, "a", do Decreto Estadual nº 46.655/02; b) fixada verba honorária em favor da Fazenda Estadual, ainda que seja mantida a parcial procedência do pedido, uma vez que, nessa hipótese, o autor decaiu da maior parte do pedido.

A Fazenda Estadual apresentou contrarrazões às fls. 242/244 (certidão às

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

fls. 246), subindo os autos. Este, em síntese, o relatório.

II. Nega-se provimento ao recurso do autor, provendo-se os recursos fazendário e oficial.

Busca o autor o reconhecimento da inexigibilidade do débito fiscal apurado no AIIM nº 3.119.907-0, referente ao ITCMD – Imposto de Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos –, acrescido de multa, juros e correção monetária, incidente sobre doação em dinheiro recebida pelo autor, de seu genitor – Sr. Julio Tamioso Filho.

Nas razões do apelo, reitera a assertiva de que a transação referida é, na verdade, um empréstimo efetuado por seu genitor em 2002 e liquidado entre os anos de 2004 e 2009. Subsidiariamente, aduz a decadência do crédito tributário, uma vez que o fato gerador do imposto ocorreu em 2002 e o AIIM foi lavrado apenas em 2009, quando já decorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 173 do CTN. Ainda em caráter subsidiário, contesta a base de cálculo utilizada para a apuração do tributo.

Sem razão, contudo.

Por primeiro, não se desincumbiu o autor de seu ônus probante, não cuidando de corroborar com provas a alegação de que a transferência de valores entre seu genitor e ele era na verdade um empréstimo, e não uma doação. As retificações das declarações de IRPF apresentadas às fls. 43/75, desacompanhadas de documentos hábeis a demonstrar o pagamento parcelado do alegado empréstimo, são manifestamente incapazes de demonstrar que o "perdão da dívida" – então noticiado nas declarações originais de IRPF do autor e de seu genitor, relativas ao ano-calendário de 2004 (fls. 109 e 114, respectivamente) – na realidade não teria acontecido e que o autor efetivamente liquidou o empréstimo.

A r. sentença da lavra do Dr. Paulo Gimenes Alonso apreciou a questão de forma incensurável, merecendo reprodução seus fundamentos (fls. 218/219):

"*3. Perdão de dívida concedido pelo pai a filho configura doação, fato gerador de ITCMD – Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, tributo devido ao Estado nos termos dos arts. 2º, II e 31, II, do Regulamento do ITCMD, aprovado pelo Decreto n. 46.655/2002, do Estado de São Paulo. Somente depois de notificado a recolher o tributo, o que se deu em 29.06.2009 (fls. 37 e vº), pai e filho cuidaram de retificar suas declarações de renda para ressuscitar o empréstimo e – pior – afirmar que ele tinha sido pago no período compreendido entre 2004 e 2009 (fls. 39/75 e 109/119), expediente para contornar a obrigação fiscal que, evidentemente, não pode ser tolerado.*

O autor, embora instado pela autoridade administrativa (fls. 76), não comprovou, quer perante o fisco, quer em juízo, que efetivamente fez os

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

pagamentos afirmados a fls. 38.

As regras de experiência comum permitem afirmar, com segurança, que pagamentos de prestações que variaram de R$ 100.000,00 a 220.000,00 não são feitos em moeda corrente, de forma que seria muito fácil ao autor exibir cópias dos cheques, extratos bancários ou comprovantes das operações de crédito, do que não se desincumbiu.

O autor também não cuidou de demonstrar que as rendas declaradas naqueles exercícios são compatíveis com os valores afirmados como pagos (fls. 38), providência elementar da qual não poderia se omitir.

Não é crível nem verossímil que somente depois de notificados é que os envolvidos fossem se lembrar que o perdão da dívida tinha sido revogado e que o empréstimo tinha sido pago, especialmente levando-se em conta tratar-se de negócio de expressivo valor (R$ 862.000,00)."

Assim, não logrando sucesso o autor na demonstração de que a transferência patrimonial informada ao Fisco Federal dizia respeito a um empréstimo, e não a uma doação, como apurado no AIIM 3.119.907-0, cumpre analisar a alegação de decadência do crédito tributário. Como corretamente consignado na r. sentença: "*O crédito fiscal objeto da demanda não foi extinto pela decadência, porque o fato gerador ocorreu em 2004, ano em que o pai do autor declarou haver perdoado a dívida de R$ 862.000,00 que ele havia contraído (fls. 109; 1º v).*" (fls. 217). Isso porque, inicialmente, referida quantia fora disponibilizada ao autor, no ano de 2002, em caráter de empréstimo, como comprovam as declarações de IRPF do autor e de seu genitor, referentes ao exercício de 2003 e 2004 (fls. 112/113 e 116/118, respectivamente). Apenas em 2004, com "perdão da dívida", é que o empréstimo transmutou-se em doação, fato gerador do ITCMD. Dessa forma, com fundamento no art. 173, inciso I, do CTN, a Fazenda Estadual tinha o prazo de cinco anos, a contar do dia 1º.01.2005, para constituir o crédito tributário, donde conclui-se a lavratura do AIIM, em 26.08.2009, foi efetuada dentro do prazo disponível para a constituição do crédito fiscal.

Por fim, de ser afastada a alegação de que deveriam ter sido deduzidas da base de cálculo do tributo as parcelas pagas pelo autor entre os anos de 2004 e 2008, pelos mesmos motivos já expostos, ou seja, porque não há nenhuma prova de que esses pagamentos tivessem sido feitos.

Comportam provimento, porém, os recursos fazendário e oficial para afastar a redução da multa punitiva determinada pelo MM. Juiz Sentenciante. A multa punitiva foi estabelecida precisamente nos moldes previstos na lei de regência. Assim, dispõem a Lei Estadual nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000 – que instituiu o ITCMD – e o Decreto Estadual nº 46.655, de 1º de abril de 2002, que a regulamentou:

"Artigo 21 – O descumprimento das obrigações principal e acessórias,

Acesso ao Sumário

instituídas pela legislação do Imposto sobre Transmissão 'Causa Mortis' e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, fica sujeito às seguintes penalidades:

(...)

II – na exigência de imposto mediante lançamento de ofício, em decorrência de omissão do contribuinte, responsável, serventuário de justiça, tabelião ou terceiro, o infrator fica sujeito à multa correspondente a uma vez o valor do imposto não recolhido;

(...)" (Lei Estadual nº 10.705/00)

"*Artigo 38 – O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Transmissão 'Causa Mortis' e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, fica sujeito às seguintes penalidades (Lei 10.705/00, art. 21):*

(...)

II – por meio de lançamento de ofício:

a) em decorrência de omissão do contribuinte, responsável, serventuário de justiça, tabelião ou terceiro, o infrator fica sujeito à multa correspondente a uma vez o valor do imposto não recolhido;

(...)". (Decreto Estadual nº 46.655/02)

Com a devida vênia, não se vislumbra inconstitucionalidade nesses dispositivos, e o caso concreto retrata hipótese em que o apenamento, conquanto sensível, não se mostra desarrazoado, tanto que o autor buscou mascarar o débito mediante alegações de veracidade questionável e, de resto, não comprovada.

Diante da sucumbência em relação à Fazenda Pública, condena-se o autor ao pagamento de custas e despesas do processo, e de honorários advocatícios fixados, a teor do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, na quantia de cinco mil reais (R$ 5.000,00).

Em suma, nega-se provimento ao recurso do autor e dá-se provimento aos recursos fazendário e oficial para que a ação seja desacolhida por inteiro.

III. Por todo o exposto, negam provimento ao recurso do autor e dão provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda Pública, nos termos acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013180-12.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FRANCISCO PAULINO PERES.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19698)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e BURZA NETO.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: DANOS MORAIS E MATERIAIS. Indenização. Agente de Segurança Penitenciária. Tentativa de rebelião e fuga de penitenciária. Consequente trauma psicológico que acarretou afastamento do trabalho por quase dois anos. Responsabilidade objetiva do Estado. Cabimento de indenização a título de dano moral e também material. Adicionais e gratificações que deixou de perceber em decorrência dos afastamentos, com a conversão das licenças médicas em acidente de trabalho, porque decorreram de fato verificado durante o exercício da função. A sentença mandou observar o disposto na Lei nº 11960/2009, a partir da sua vigência, o que não cabe alterar por falta de recurso do autor. Recurso e reexame necessário não providos.

VOTO

A sentença, proferida pelo eminente juiz, Doutor Thiago Massao Cortizo Teraoka, julgou procedente demanda de indenização por danos morais e materiais proposta por agente de segurança penitenciária, decorrentes de estresse pós-traumático grave, causado por rebelião em penitenciária, em que permaneceu sob constante ameaça, fixada em seis mil reais, a título de dano moral, com correção monetária a partir da sentença e juros de mora de meio por cento ao mês desde o evento danoso, com conversão das licenças médicas em acidente de trabalho, sendo devido ao autor os adicionais e gratificações que deixou de perceber em decorrência dos afastamentos, com apostilamento, a serem apurados em fase de liquidação, sendo os correspondentes valores com correção monetária pelos índices da tabela de atualização editada por este Tribunal, a partir dos respectivos vencimentos, e juros de mora de meio por cento ao mês a partir da citação, tendo fixado honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor da condenação (fls. 265/271).

Acesso ao Sumário

Apela o Estado pela inversão do resultado ou por correção monetária e juros de mora nos termos da Lei nº 11960/2009, sendo os juros de mora somente a partir da citação, conforme o disposto no artigo 219 do Código de Processo Civil.

Recurso não respondido.

É o relatório.

Incide hipótese de reexame necessário, segundo o enunciado da Súmula 490 do STJ, por se tratar de sentença parcialmente ilíquida.

Consta que em 22-10-2005, o autor, agente de segurança penitenciária, estava em serviço na sub-portaria da penitenciária, por volta das 11h30min, ainda em horário de visita aos presos; que dois homens se aproximaram, fizeram-se passar por meros visitantes e entraram; em seguida, um terceiro que, com arma de fogo em punho, rendeu uma funcionária, momento em que soou o alarme geral e aqueles dois retornaram com armas em punho, como declarou (fls. 24):

Que os dois primeiros homens que desceram já estavam subindo correndo e o alarme da Unidade estava soando; que o homem que estava sozinho mandou que o declarante abrisse o portão, apontando uma arma de fogo para o mesmo, mas como não foi atendido, o homem pulou o portão; que, neste momento, um dos homens que subia correndo pegou o declarante pela gola da camisa, mandando que abrisse o portão, e também apontando-lhe uma arma, como também não foi atendido, pulou o portão também; que o terceiro homem veio correndo também e pegou novamente o declarante pela gola da camisa, mandando que abrisse o portão, apontando-lhe também uma arma de fogo, e o declarante pediu que esperasse para que pegasse as chaves, no que abriu o portão e o mesmo saiu da sub-portaria; que os três homens entraram em um veículo que estava do lado de fora, e saíram em disparada, efetuando alguns disparos; que permaneceu na sub-portaria, escutou o barulho dos tiros que estavam sendo disparados no interior da Penitenciária; que alguns funcionários subiram até a sub-portaria para verificar o que estava acontecendo; que o declarante permaneceu na sub-portaria até o término do plantão; que ficou muito abalado com os fatos ocorridos, e está fazendo tratamento psiquiátrico, tendo necessidade de afastamento de suas atividades profissionais (...).

Consta que onze agentes foram feitos reféns.

E do relatório de comunicação de eventos (fls. 22):

Informo também que os sentenciados chegaram com alguns reféns até o Portão da revisora, usando-os como escudo humano, sendo que o agente (...), foi atingido com um tiro no braço no momento em que os presos forçavam-no a abri-lo, mas com a ação dos agentes AEVPs, que chegaram e começaram a atirar em direção ao Portão, fazendo com que os sentenciados retornassem no sentido do saguão e posteriormente aos raios, frustrando a tentativa de fuga.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

No momento dos acontecimentos dentro da unidade, haviam mais alguns elementos identificados posteriormente e inclusive presos pela Polícia Militar, também armados desceram pela subportaria da unidade, e no momento que foi acionado o alarme e frustrada a fuga, essas pessoas voltaram em direção a subportaria e apontaram as armas em direção dos agentes Francisco Paulino Peres, (...) para que os mesmos abrissem o portão da subportaria, mas como não foram atendidos de pronto, pularam o portão.

O autor alega consequentes distúrbios psicológicos, que o forçaram a se afastar do serviço, a partir de novembro de 2005, por apresentar um quadro de transtorno misto, ansioso e depressivo, tendo retornado às funções apenas em março de 2007. Atualmente apresenta a doença classificada no CID-10, episódio depressivo grave com sintomas psicóticos.

Segundo o relatório da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária – Penitenciária Joaquim de Sylos Cintra, ante o comunicado de acidente de trabalho (fls. 40/41):

Quanto ao mérito, não nos restou qualquer dúvida quanto à pressão psicológica sofrida pelo senhor Francisco Paulino Peres e ao fato de que o mesmo ocorreu dentro desse Estabelecimento Penal, quando o mesmo desenvolvia suas atividades profissionais em seu posto de serviços.

A Secretaria da Administração Penitenciária indeferiu pedido de reenquadramento em licença Acidente de Trabalho*, por não considerar nexo causal acidentário como doença do trabalho* (fls. 90, 92, 95, 98, 101).

Perícia realizada pelo IMESC apresentou a seguinte conclusão (fls. 256):

O periciando apresenta história clínica, documental e exame psiquiátrico compatíveis com CID (10)=F43.1 (estado de "stress" pós-traumático), "este transtorno constitui uma resposta retardada ou protraída a uma situação ou evento estressante (de curta ou longa duração), de natureza excepcionalmente ameaçadora ou catastrófica, e que provocaria sintomas evidentes de perturbação na maioria dos indivíduos.

Fatores predisponentes, tais como certos traços de personalidade (por exemplo compulsiva, astênica) ou antecedentes do tipo neurótico, podem diminuir o limiar para a ocorrência da síndrome ou agravar sua evolução; tais fatores, contudo, não são necessários ou suficientes para explicar a ocorrência da síndrome. Os sintomas típicos incluem a revivescência repetida do evento traumático sob a forma de lembranças invasivas ('flashbacks'), de sonhos ou de pesadelos; ocorrem num contexto durável de 'anestesia psíquica' e de embotamento emocional, de retraimento com relação aos outros, insensibilidade ao ambiente, anedonia, e de evitação de atividades ou de situações que possam despertar a lembrança do traumatismo. Os precedentes se acompanham habitualmente de uma hiperatividade neurovegetativa, com

Acesso ao Sumário

hipervigilância, estado de alerta e insônia, associadas frequentemente a uma ansiedade, depressão ou ideação suicida. O período que separa a ocorrência do traumatismo do transtorno pode variar de algumas semanas a alguns meses. A evolução é flutuante, mas se faz para a cura na maioria dos casos. Em uma pequena proporção de casos, o transtorno pode apresentar uma evolução crônica durante numerosos anos e levar a uma alteração duradoura da personalidade"; ***obviamente desencadeado pela condição sofrida em seu trabalho perante a ameaça na rebelião, sendo portanto, considerado acidente de trabalho, com nexo causal.***

É evidente, portanto, que o autor sofreu grave abalo psicológico em decorrência dos fatos ocorridos no dia 22-10-2005, enquanto prestava serviços na Penitenciária "Joaquim de Sylos Cintra", como agente penitenciário.

A hipótese enseja responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento no risco administrativo, ou seja, o risco da atividade, que deve ser suportado pelo Estado, de modo que deve indenizar os seus agentes pelos danos inerentes aos riscos da atividade estatal.

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Pleito de indenização por danos materiais e morais sofridos por agente de segurança penitenciária, o qual, além de ter sido mantido refém em decorrência de rebelião, foi arremessado pela janela do presídio. Constatação de lesões às integridades moral e física do autor.

Omissão do Estado em garantir a segurança de seus agentes verificada. Nexo causal demonstrado. Indenização devida. Alteração da r. sentença para o fim de minorar o valor arbitrado a título de dano moral e condenar a requerida ao pagamento de lucros cessantes e gastos comprovados do autor com medicação. Recursos voluntários parcialmente providos (Apelação 0129383-28.2007.8.26.0053, Relator: Wanderley José Federighi, São Paulo, 12ª Câmara de Direito Público, 20/03/2013).

RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por danos morais sofridos por agente penitenciário, que foi mantido como refém em rebelião de presidiários. Omissão estatal caracterizada. Falta de vigilância e segurança dentro das cadeias públicas. Comprovação do nexo de causalidade entre a omissão do Estado e o evento lesivo. Dano moral configurado e bem fixado. Juros que devem ser contados a partir da citação, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Recursos parcialmente providos (Apelação 0010311-11.2010.8.26.0322, Relator: Samuel Júnior, Lins, 2ª Câmara de Direito Público, 06/03/2012).

Devida, portanto, indenização a título de danos morais, sem motivo de alteração do valor fixado pela sentença, de seis mil reais.

Acesso ao Sumário

Sendo a incapacidade temporária para o trabalho decorrência do trauma emocional experimentado enquanto em serviço, tipifica hipótese de acidente de trabalho e como tal devem ser classificados os afastamentos consequentes, como determinou a sentença, com as vantagens pecuniárias que disso decorre.

No tocante à indenização por danos morais, incidem juros de mora a partir do evento danoso, como impôs a sentença, segundo o disposto no artigo 398 do Código Civil e Súmula 54 do STJ.

A sentença impôs observar, a partir da sua vigência, o disposto na Lei nº 11960/2009, o que não cabe alterar por falta de recurso do autor.

Na forma do exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006496-50.2011.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada PETROBRAS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E DESACOLHERAM O REEXAME NECESSÁRIO. SUSTENTARAM ORALMENTE O DR. HELENO TAVEIRA TORRES E O DR. ALEXANDRE ABOUD.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25651)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI e PONTE NETO.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

JOÃO CARLOS GARCIA, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – TRANSPORTE DE PETRÓLEO E DERIVADOS – Contrato de afretamento marítimo que se caracteriza pela locação da embarcação tripulada e não se confunde com contrato de transporte de carga, estando a salvo da incidência do ICMS – Precedentes – Atuação fiscal baseada na desconsideração de

negócio jurídico – Contratos que foram nomeados de afretamento marítimo por tempo – A interpretação das cláusulas confirma o afretamento – As responsabilidades assumidas pela TRANSPETRO estão dentro das características do contrato – Inexistência de transporte – Não incidência do ICMS – Sentença de acolhimento dos embargos à execução que deve ser mantida – Recurso desprovido e reexame necessário desacolhido.

VOTO

1. Trata-se de reexame necessário e apelação do **ESTADO DE SÃO PAULO** contra sentença de acolhimento dos embargos opostos pela **PETROBRAS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO**, à execução fiscal relativa ao ICMS-Transporte oriundo de contratos de afretamento por tempo **(fls. 1.324/1.328)**.

O apelante sustenta a validade da execução fiscal, arguindo que os contratos de afretamento marítimo por tempo, celebrados entre a TRANSPETRO e a PETRÓLEO BRASILEIRO S.A – PETROBRAS, devem ser desconsiderados e equiparados a prestação de serviço de transporte de combustíveis, porque a posse e a gestão do navio (tripulação, comandante, manutenção) eram de responsabilidade da própria TRANSPETRO.

Nega o excesso de execução, defendendo a inexistência de erros no auto de infração e imposição de multa (AIIM), referentes à inclusão de operações com embarcações de propriedade alheia e ao método de cálculo dos valores das prestações para apurar o montante devido no item 1 do AIIM.

Por fim, no que concerne à multa, sustenta a inexistência de efeito confiscatório **(fls. 1.331/1.371 e 1.372/1.382)**.

Recurso contraditado **(fls. 1.482/1.572)**.

É o relatório.

2. O apelo não comporta provimento.

A controvérsia gira em torno da regularidade da autuação fiscal, com conduta e multa capituladas em conformidade com o diploma tributário paulista (**RICMS/00, art. 155** e **art. 527, IV, alínea a)**, referente à falta de cumprimento da obrigação acessória de emissão, no período de junho de 2003 a agosto de 2007, do "*Conhecimento de Transporte Aquaviário de Carga*" (modelo 9) **(RICMS/00, art. 15)**, antes do início da prestação do serviço de transporte aquaviário intermunicipal e interestadual de cargas **(CDA 1.063.871.393, fls. 3/12 do apenso, AIIM 3.090.812-7, fls. 650/654)**.

Discute-se a incidência do ICMS sobre o contrato de afretamento por

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

tempo firmado entre a **TRANSPETRO** e a **PETROBRAS**, enfaticamente, sobre ostentar, ou não, natureza de contrato de transporte.

Inicialmente, vale apontar que a incidência do tributo ocorre com a adequação da situação de fato à previsão normativa **(artigo 114 do CTN)**. Quando a hipótese de incidência é descrita a partir de determinada estrutura do direito privado (ex: doação, compra e venda), a autonomia privada **(CR, art. 170)** autoriza o contribuinte a visualizar os espaços factuais não atingidos pela norma tributária e, assim, planejar os seus negócios para economizar no pagamento de tributos.

Esses espaços de liberdade, contudo, sofrem limitações. A liberdade do Fisco, ao interpretar os fatos, é vinculada à lei: sua discricionariedade não pode ultrapassar os alcances dos conceitos do direito privado **(artigos 109 e 110, CTN)**.

O contribuinte pode realizar seus negócios, como bem lhe aprouver, desde que não invada o campo da ilicitude, ou seja, de tentar dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária **(CTN, art. 116)**.

Pois bem.

A qualificação de um contrato não se dá com a mera atribuição de um nome, mas a partir do seu conteúdo, ou seja, as obrigações nele previstas. No caso, enquanto o contribuinte sustenta que os seus negócios são de afretamento marítimo por tempo, atividade não sujeita ao tributo estadual reclamado, o Fisco diz que tal negócio jurídico questionado é de contrato de transporte de mercadorias pelo fretador, sujeito à incidência do ICMS **(CR, art. 155, II** e **LEI ESTADUAL 6.374/89, art. 1º, II)**.

Pois bem.

Segundo De Plácido e Silva, o afretamento é "*o contrato pelo qual, mediante um preço ou aluguel ajustado (frete) um dos contratantes, proprietário de um navio ou qualquer embarcador (fretador), concede ou aluga a outro contratante (afretador) o uso parcial ou total do navio ou da embarcação, para transporte de mercadorias e de outros objetos*" *(Vocabulário Jurídico. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 44).*

De acordo com o disposto na **Lei n.º 9.432/97**, existem três modalidades de afretamento:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:
>
> I – afretamento *a casco nu*: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação;
>
> II – afretamento *por tempo*: contrato em virtude do qual o afretador

Acesso ao Sumário

recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado;

III – afretamento *por viagem*: contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens;

Da leitura do dispositivo retro citado, percebe-se que o contrato de afretamento não possui qualquer semelhança com o contrato de transporte, pois seu objeto é a locação de uma embarcação, ainda que tripulada, ao passo que, no de transporte, é o serviço de condução de pessoas e/ou bens.[1]

O contrato de afretamento distingue-se, ainda, do contrato de transporte pelo fato de que, no primeiro, a posse da embarcação é transferida ao contratante, por ser de sua essência o uso do veículo, ao passo que, no contrato de transporte, a posse da embarcação permanece com o proprietário, que prestará o serviço de transporte.

Por fim, mesmo no contrato de afretamento por período, no qual a parte contratante disponha da embarcação para realizar transporte, o que se verifica é que cabe a afretadora providenciar os meios através dos quais irá realizá-lo, enquanto que no contrato de prestação de serviço de transporte ocorre apenas a adesão da interessada à oferta anunciada pela transportadora, de percorrer o itinerário por ela previamente estabelecido.

Entendido o contrato, se faz necessária a verificação do âmbito de incidência do ICMS.

Nos termos da regência normativa **[LEI COMPLEMENTAR 87/96 (LEI KANDIR), art. 2º]**, incide o ICMS sobre:

I – operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II – prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

1 http://www.brancoconsultores.com.br/news/advogados/informativo14-fev-2004.pdf

Acesso ao Sumário

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

II – sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III – sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Considerando as características do contrato de afretamento, observa-se que não há efetiva transferência de mercadoria, mas sim da posse da embarcação o que não configura circulação de bens. Também não é o caso de transporte, pois o que ocorre é a locação da embarcação, tripulada ou não, para o uso que for conveniente ao afretador. Assim, o que se conclui é que tal avença não está no âmbito de incidência do ICMS.

Neste sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e do Tribunal do Espírito Santo:

TRIBUTÁRIO. ICMS. LOCAÇÃO DE NAVIO. A LOCAÇÃO DE NAVIO, EMBORA ARMADO E EQUIPADO, NÃO SE CONFUNDE COM O CONTRATO DE TRANSPORTE DE CARGA, ESTANDO A SALVO DA INCIDÊNCIA DO ICMS. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 79445/ES RECURSO ESPECIAL 1995/0059361-0 Relator Ministro ARI PARGENDLER – Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça – Data do Julgamento 24/03/1998).

TRIBUTÁRIO. CONTRATOS DE AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INTERPRETAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 5/STJ.

1. Não incide o ICMS nos contratos de afretamento de embarcação, por não se enquadrarem na hipótese prevista do art. 2º, II, da LC n.º 87/96. Precedente: REsp 79.445/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, DJ 13/04/1998.

2. O Tribunal de origem, após analisar os elementos dos autos, concluiu que o contrato em exame é de afretamento por tempo. Portanto, rever essa premissa encontra óbice na Súmula 5/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Recurso Especial nº 1.091.416-RJ, Relator Ministro SERGIO KUKINA – Órgão Julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça – Data do Julgamento 22/10/2013).

EMENTA: Apelação Cível. Direito Tributário. Direito Marítimo. Contrato de afretamento de embarcações. Natureza distinta do contrato de transporte. Relação jurídica contratual que não se enquadra em nenhuma das hipóteses de incidência do tributo descritas na Lei Kandir – LC

Acesso ao Sumário

87/96. Não incidência do ICMS. Denunciação da lide prejudicada. Apelo conhecido e provido. (Apelação Cível nº 25223 RN 2010.002522-3, 3ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Norte, Relatoria: Amaury Moura Sobrinho; julgado em 07 de outubro de 2010).

EMENTA – AÇÃO ORDINÁRIA – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – INCIDÊNCIA DE ICMS – CONTRATO DE AFRETAMENTO DE APOIO A PETROBRAS – O AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÃO PARA APOIO AO SERVIÇO DA PETROBRAS NA PLATAFORMA CONTINENTAL BRASILEIRA, NÃO SE CARACTERIZAM COMO CONTRATOS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE, FACE A CARACTERÍSTICA PRÓPRIA DO SERVIÇO – O CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ICMS NÃO PODE SER AMPLIADO, ALCANÇANDO A PLATAFORMA CONTINENTAL, CUJO DOMÍNIO É DA UNIÃO – A DECISÃO DECLARANDO INEXISTIR OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA FACE A AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA NOS CITADOS CONTRATOS FAZENDO INCIDIR O ICMS TEM APOIO LEGAL – RECURSO CONHECIDO, NEGANDO-SE PROVIMENTO AO APELO, PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA, À UNANIMIDADE. (Apelação Cível nº 24890227580, 3ª Câmara Cível, Relatoria: José Eduardo Grandi Ribeiro; julgado em 14/02/1995).

No caso dos autos, resta descobrir se os acordos celebrados entre a **TRANSPETRO** e a PETROBRAS eram de afretamento ou de transporte como alega o Fisco.

Os contratos ocorreram nos seguintes termos **(fls. 166/170; 589/619)**:

1.1 O presente CONTRATO tem por **objeto o afretamento por período pela PETROBRAS, dos navios da TRANSPETRO relacionados no ANEXO 1**.

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA – OBRIGAÇÕES DA TRANSPETRO

2.1. A **TRANSPETRO obriga-se a:**

2.1.4. Tomar todas as providências, antes e no momento da **entrega de cada navio** sob este CONTRATO, para que o mesmo esteja:

a) em todos os aspectos, apropriado para **carregar as respectivas cargas descritas no Anexo 2**;

b) firme, estanque, forte, em bom estado e **em boas condições, em todos os aspectos, adequado para o atendimento do afretamento**, com seus equipamentos, caldeiras e casco em tais condições, que permitam a operação mais econômica, **e com plena e eficiente equipe de Comandante, oficiais e tripulação para um navio de seu porte.**

(...)

2.1.9. **Arcar com as despesas de comunicação via satélite, por telex, tefax, fax, e-mail, etc.**, **seja por que razão for.**

2.1.10. **Arcar com toda a responsabilidade por tributos e taxas, inclusive alfandegários e de importação, relativos aos pertences**

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

pessoais do Comandante, oficiais e guarnição, e aos estoques e provisões e outros itens que caiba à TANSPETRO providenciar ou pagar.

2.1.11. **Diligenciar para que a carga seja embarcada tão rapidamente quanto possível**, tanto de noite como de dia, independentemente de solicitação da PETROBRAS ou de seus agentes.

(...)

CLÁUSULA TERCEIRA – OBRIGAÇÕES DA PETROBRAS

3.1. **PETROBRAS se obriga a:**

3.1.1. Efetuar os **pagamentos do afretamento devidos à TRANSPETRO**, nos termos deste CONTRATO, de acordo com os valores indicados no Anexo 3, tomando todas as medidas administrativas necessárias a esse fim.

3.1.2. **Fornecer as instruções relativas à gestão comercial do navio**.

(...)

CLÁUSULA QUARTA – PRAZO

4.1. O presente CONTRATO vigerá desde 0h (zero hora) GMT do dia 1º de agosto de 2007 até as 24h (vinte e quatro horas) GMT do dia 31 de dezembro de 2007.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – PROCEDIMENTOS ESPECÍFICOS

13.1. No que concerne apenas ao gerenciamento comercial do navio, **o Comandante estará sob as ordens da PETROBRAS no que se refira ao emprego do navio e relacionamento com agências e outras entidades ligadas ao transporte de carga.**

13.2. **A PETROBRAS encaminhará à TRANSPETRO**, direcionadas apenas ao comandante do navio, **as instruções necessárias à realização de cada viagem.**

13.2.1. **Os portos de descarga e as condições para entrega da carga são de responsabilidade da PETROBRAS, devendo o Comandante acatar todas as ordens e instruções da PETROBRAS a esse respeito.**

13.3. **A TRANSPETRO manterá um registro completo de todas as viagens realizadas – contendo, dentre outras informações relevantes e da prática comum na atividade de transporte marítimo, o resumo das operações de carga e descarga nos portos** – o qual deverá estar disponível para a inspeção pela PETROBRAS ou terceiros por ela indicados.

(...)

13.4. O **Comandante deverá assinar os manifestos de carga e conhecimentos de embarque, comparecendo aos escritórios da PETROBRAS** ou de seus agentes para tal finalidade, caso seja necessário.

Acesso ao Sumário

(...)

13.4.3. **Não será imputada responsabilidade alguma à TRANSPETRO pela entrega da carga sem a apresentação do conhecimento de embarque ou em portos e quantidades diferentes do descrito no conhecimento de embarque, desde que em completo atendimento a instruções e ordens as PETROBRAS.**

(...)

13.11. **As obrigações da PETROBRAS relativas ao pagamento do valor do afretamento do navio estarão ainda suspensas** (no todo ou em parte, conforme o caso) **na ocorrência de qualquer fato ou circunstância que resulte em (i) indisponibilidade ou restrição na disponibilidade do navio para a PETROBRAS, (ii) perda de tempo ou (iii) operação morosa do navio** (...)

13.11.1. **O período de suspensão terá início a partir do instante em que se configurar o início da indisponibilidade ou restrição de disponibilidade para a PETROBRAS** – ou ainda da operação morosa ou perda de tempo, desvio de rota que não seja motivado por força maior, orientação da PETROBRAS ou culta desta – **e perdurará até o momento em que o navio estiver, de novo, plenamente disponível para a PETROBRAS** (...).

13.11.2. **A TRANSPETRO será responsável por todas as despesas do navio** (inclusive, mas não apenas, as despesas portuárias, de combustível e de praticagem) **incorridas durante todo o período de suspensão nos termos desta Cláusula.**

13.13. **A TRANSPETRO deverá providenciar para que as coberturas de seu Clube de P&I compensem quaisquer danos à carga ou mesmo a sua falta, provada a responsabilidade do navio na falta e/ou avaria. – grifo nosso.**

De acordo com o AIIM, para o Fisco os negócios estão qualificados do seguinte modo:

"**As prestações de serviço de transporte foram efetuadas por meio de navios próprios cedidos por contrato de afretamento à empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras**, conforme cláusula contratual constante do contrato firmado entre as partes, cuja cópia se encontra anexada ao presente. **A autuada assume, pelo contrato, toda responsabilidade sobre o comandante e a tripulação, bem como sobre a operacionalização dos navios**, cobrando pelos serviços prestados (cláusulas 2.1.9, 2.1.10, 2.1.11, 13.3, 13.11.2 e 13.13), **caracterizando-se, desta forma, que permaneceu na posse e propriedade dos navios e no controle da carga transportada**" (**fl. 650**).

Defende o **ESTADO** que os compromissos assumidos pela apelada ultrapassam em larga escala o que se poderia considerar como inerente a um

Acesso ao Sumário

negócio de locação de meios de transporte, pois a **TRANSPETRO** operou, na prática, as embarcações, realizando, por si própria, todas as etapas do transporte, desde o embarque ao desembarque, incluindo a integral operação do navio e as tarefas burocráticas nos portos, pagando até mesmo o seguro sobre a carga e o imposto sobre o Frete. Portanto, teria, de fato, realizado o transporte do produto para o contratante (**fls. 663**).

Não é o que se verifica.

A apelada assumiu a obrigação de ceder as embarcações tripuladas por tempo determinado, havendo um misto de locação de bem móvel e prestação de serviço, características inerentes ao afretamento por tempo. De acordo com o contrato, o Comandante estava submetido às ordens da **PETROBRAS**, sendo o único destinatário das instruções necessárias à realização de cada viagem (itinerários) e o responsável pelo regular embarque e desembarque da carga, incluídas as tarefas burocráticas nos portos. Tais atuações são decorrentes do seu posto de comando e foram realizadas sempre sob a supervisão da contratante, não excedendo o limite da prestação do serviço contratado.

Quanto ao seguro, de acordo com a cláusula 13.13, a **TRANSPETRO** só o acionaria para compensação de danos à carga quando comprovada a responsabilidade do navio, nada além do que se esperaria devido à obrigação assumida de fornecer a embarcação em condições e a tripulação treinada.

Embora conhecedora da carga, a recorrida não assumiu qualquer responsabilidade quanto ao seu transporte, tanto que não traçou itinerários, nem providenciou documentos referentes ao manifesto de carga e conhecimentos de embarque, limitando-se a transferir a posse da embarcação e a fornecer tripulação.

Assim, tal como apontou a sentença, o contrato firmado não apresenta as características de contrato de transporte, não ocorrendo, portanto, a incidência de ICMS-Transporte.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo e desacolhe-se o reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002137-46.2011.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante NATAL DOS SANTOS SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8695)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

VALTER ALEXANDRE MENA, Relator

Ementa: AÇÃO ACIDENTÁRIA – ACIDENTE TÍPICO – AUXÍLIO-ACIDENTE – PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO – Lei n. 8.213/91, arts. 15 e 102. Sentença de improcedência mantida. Recurso do autor desprovido.

VOTO

Trata-se de ação acidentária ajuizada em 03/03/2011 por pedreiro, nascido aos 25/12/1976, pleiteando a concessão de benefício acidentário em virtude de acidente típico ocorrido em 31/01/2010, quando perdeu a visão do olho esquerdo, o que lhe reduz a capacidade laborativa. Teve o requerimento de benefício indeferido pela falta de qualidade de segurado (fls. 36).

A r. sentença de fls. 145/145vº, julgou **improcedente** o pedido pela não comprovação da qualidade de segurado, condenando o obreiro no pagamento das verbas de sucumbência, observada a gratuidade processual.

Apela o autor buscando a reforma (fls. 149/151).

Recurso recebido e não respondido (fls. 153).

A Procuradoria Geral da Justiça não mais opina na espécie.

É o relatório.

Inconsistente o recurso.

O laudo médico de fls. 122/124 constatou que o autor é "*portador de trauma com perda total de visão do olho esquerdo por objeto estranho decorrente de acidente com o uso de talhadeira que soltou fragmento perfurando o globo ocular esquerdo*", *fato* "*comprovado pelos atendimentos que se estenderam por todo o ano de 2010. Existiu, pois, a alegada incapacidade total e temporária desde 31012010 a 31122010, documentada por história clínica e documental*".

Considerando que a perda da visão esquerda acarreta incapacidade parcial e permanente, seria caso de auxílio-acidente.

Para tanto, mister que o autor ostentasse a qualidade de segurado.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

Dispõe a Lei n. 8.213/91:

***Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições**:*

I – sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II – até 12 meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

(...)

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 meses se o segurado já tiver pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

No caso dos autos, o autor teve registro em CTPS de 1994 até 28/08/2008, em períodos intercalados (fls. 13/16), ou seja, não comprovou haver pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção, nem registro de desemprego ou de recebimento de seguro-desemprego (cf. RESP Nº 689.283-RS (2004/0134850-0), Relatora MINISTRA LAURITA VAZ, 5ª Turma, j. 01/09/2005; AgRgRD no REsp 439021/RJ – AGRAVO REGIMENTAL/RECONSIDERAÇÃO DE DESPACHO NO RECURSO ESPECIAL 20002/0063869-7, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª. Turma, j. 18/09/2008).

Pelo exposto, meu voto **nega** provimento ao recurso, observando que a gratuidade decorre do art. 129, parágrafo único, da LBP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002482-92.2002.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante MARILDA DE CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.982)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 9 de junho de 2014.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – LESÃO CORPORAL – SERVIDORA PÚBLICA AGREDIDA NO LOCAL DE TRABALHO – Alegação de omissão da Administração quanto à segurança dos servidores – Aplicação da teoria da culpa do serviço – Responsabilidade subjetiva da Fazenda Pública comprovada – Sentença de improcedência reformada. Recurso provido.

VOTO

Marilda de Carvalho, inconformada com a r. sentença que julgou improcedente a ação (fls. 148/151), interpôs recurso de apelação.

Alega que comprovou os fatos narrados na inicial. Invoca o parágrafo único do artigo 194 da Lei estadual nº 10.261/68, além dos artigos 5º, incisos V e X, e 37, *caput*, da Constituição Federal. Argumenta que, se o Estado é responsabilizado pela segurança dos detentos, também deve sê-lo pela segurança dos seus servidores. Daí, pedir a reforma da r. sentença (fls. 155/159).

Com as contrarrazões (fls. 165/170), subiram os autos.

É o relatório.

Objetiva a autora, por meio da presente ação, seja a Fazenda do Estado de São Paulo condenada "à obrigação de reparar o dano causado, por danos morais o que se pretende no valor de 200 salários mínimos" (fls. 11).

Desponta dos autos que, no dia 17 de fevereiro de 1998, a autora, inspetora de alunos na rede pública de ensino, foi agredida por mãe de aluna, nas dependências da escola, o que lhe causou a perda da visão do olho esquerdo.

De acordo com o laudo pericial, a demandante apresenta visão "zero a esquerda por atrofia de globo ocular por sequela de descolamento de retina (situação sem possibilidade de melhora clínica com os atuais conhecimentos médicos" (fls. 102). Atesta também o perito que "foi vista deformidade estética permanente por olho esquerdo esbranquiçado e reduzido de tamanho, compatível com sequela de descolamento de retina cujo tratamento não foi bem-sucedido"

Acesso ao Sumário

(fls. 103).

Quanto aos fatos narrados, a vice-diretora da escola afirmou, em seu testemunho perante o juízo, que, "quando Marilda chegou no local e se aproximou da grade *[do portão da escola]*, a mãe da aluna a agarrou pelo cabelo e puxou por três vezes, com bastante força, foi quando Marilda bateu com o rosto na grade do portão e ficou ferida. Não houve qualquer discussão, tampouco Marilda praticou qualquer ato que justificasse a agressividade. A escola já contou com policiamento do Estado e depois com vigilância particular contratada com verba do Estado pela frente de trabalho. Na época do ocorrido não havia qualquer tipo de segurança na escola." (fls. 147).

Segundo entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência, aplica-se ao caso dos autos, em que o prejuízo ao particular foi causado por conduta omissiva, em situação em que havia o dever legal de agir, a responsabilidade subjetiva do Estado.

De fato, é dever do Estado garantir a integridade física dos agentes públicos durante a prestação do serviço público. É inerente à própria relação de trabalho a garantia de condições adequadas à sua execução.

Portanto, é necessário comprovar a chamada culpa do serviço, isto é, que o serviço não funcionou, ou que funcionou de modo tardio ou ineficiente, para que surja a obrigação de indenizar.

Desse modo, considerando que, no caso dos autos, há alegação de omissão do Estado, para que haja o dever de indenizar os prejuízos suportados pela autora, é necessário que restem comprovados os seguintes elementos: (a) culpa do serviço; (b) dano; e (c) nexo causal entre o comportamento da Municipalidade e o dano, o que implica a ausência de prova das excludentes deste nexo, isto é, que não ocorreu força maior, caso fortuito nem culpa exclusiva da vítima.

Aplicando-se o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, cabia à autora provar os referidos elementos e à demandada, as excludentes de sua responsabilidade.

As lesões permanentes sofridas pela autora restaram comprovadas (fls. 102/103). Ademais, não se verificam excludentes do nexo de causalidade.

Assim, é o Poder Público civilmente responsável pelo evento danoso, razão pela qual faz jus a autora à indenização pretendida.

Analisando caso semelhante, assim já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Ação de Indenização por danos materiais e morais. Professora agredida no interior de escola municipal pela genitora de uma de suas alunas. Demanda julgada parcialmente procedente. Hipótese em que está presente relação de causa e efeito entre a omissão estatal e o evento lesivo, sem que surja causa excludente do dever de indenizar. Recurso provido em parte para reduzir o valor da

Acesso ao Sumário

indenização por danos morais. (Apelação Cível n. 0018387-38.2009.8.26.0361 – Rel. Des. Aroldo Viotti – j. em 26.11.13 – v.u).

No caso dos autos, os danos morais são inferidos da lesão permanente e da deformidade sofridas pela autora.

Ressalte-se que a indenização pelo dano moral tem dupla finalidade de indenizar o sofrimento da vítima e desestimular o seu causador a voltar a praticar ou deixar de praticar atos que o causem. Não visa ao enriquecimento, nem permite que se desvirtue sua finalidade; sua fixação deve levar em conta as circunstâncias de cada caso.

É certo que inexiste critério seguro para o arbitramento do dano moral, mas, no caso concreto, considera-se razoável e justo o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixado na r. sentença, que serve para aliviar os danos e exerce função penalizadora para a concessionária, não importando enriquecimento indevido da demandante.

No tocante aos juros e correção monetária, observa-se que as parcelas atrasadas deverão ser corrigidas monetariamente, desde a época em que deveriam ter sido pagas, não se aplicando a Lei nº 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, vez que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4425 e 4357, declarou a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Emenda Constitucional nº 62/2009 e, por arrastamento, de parte do art. 5º da Lei 11.960, de 2009.

Considerou a Suprema Corte que os índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança não refletem a inflação acumulada no período e, portanto, não podem ser usados para corrigir monetariamente os débitos da Fazenda Pública.

Sobre o tema, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou, em recurso especial representativo de controvérsia:

“VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). 12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência. 13. ‘Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir

Acesso ao Sumário

os parâmetros definidos pela legislação então vigente' (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12). 14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto. 15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança' contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública. 16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão 'independentemente de sua natureza' quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário. 17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. 18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas. [...] 21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008" (REsp 1270439/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. em 26/06/2013).

Destarte, a correção monetária, devida a partir da fixação do montante reparatório, deve ser realizada segundo a Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, sem a observância da Lei nº 11.960/09.

Os juros de mora, devidos a partir do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), devem ser de 1% ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, a partir de quando equivalerão aos juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do que dispõe o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, considerada a alteração trazida por aquela lei.

Por fim, sucumbindo a Fazenda Estadual, deve arcar com as verbas sucumbenciais.

Observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para

Acesso ao Sumário

o serviço (art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil), fixa-se a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar procedente a ação, condenando-se a Fazenda Estadual a pagar à autora, a título de reparação dos danos morais por ela sofridos, a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com as verbas acessórias supracitadas. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados esses em 10% do valor da condenação, a cargo da vencida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0035531-62.2008.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante IRENICE DIAS DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.345)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Ajudante operacional – Transtorno depressivo agravado por assalto sofrido no ambiente laboral – Laudo pericial que concluiu pela redução parcial e permanente da capacidade laborativa – Caso em que, porém, não foi comprovada a ocorrência do infortúnio mencionado, restando assim inviabilizado o reconhecimento do nexo causal – Improcedência mantida – Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 348/351, cujo relatório se adota, julgou improcedente ação acidentária proposta por Irenice Dias dos Santos contra o INSS.

Inconformada, apela a autora, buscando a inversão do resultado. Sustenta

Acesso ao Sumário

fazer jus ao restabelecimento do auxílio-doença, aduzindo que o laudo produzido perante a Justiça Federal atestou que está incapacitada para o trabalho desde o assalto sofrido na escola em que laborava.

Recebido e processado o recurso, a parte contrária apresentou resposta.

A ação foi ajuizada inicialmente perante o Juizado Especial Federal, cujo juízo declinou da competência, determinando a remessa do feito para a Justiça Estadual (fls. 280/282).

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Lastreia-se a pretensão da autora (ajudante operacional) na alegação de que teve comprometida sua capacidade laborativa em decorrência de transtorno depressivo, mal agravado por assalto sofrido em seu local de trabalho.

É oportuno consignar que a segurada, aposentada por tempo de contribuição desde 30/04/1998 (fls. 28), esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário de 11/10/2005 a 27/05/2007, com diagnóstico de "episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos" (CID: F322 – fls. 246/250 e 275).

Efetuada a avaliação médica (fls. 319/331), constatou o perito ser a autora portadora de "*transtorno depressivo*" e "*transtorno de personalidade tipo histriônico*", atestando que os males acarretam incapacidade parcial e permanente, devendo a obreira "*se submeter ao tratamento psiquiátrico e psicoterápico, por tempo indeterminado*" (fls. 329).

Observou, contudo, não ser possível estabelecer o nexo laboral, ressaltando que "*não existem evidências nos autos*" acerca da alegada agressão (fls. 327).

Na verdade, no tocante ao nexo de causalidade, não há nos autos nenhum elemento concreto a atestar que o assalto mencionado na inicial tenha de fato ocorrido (CAT emitida pela empregadora à época ou algum outro documento específico).

Em suma, a autora não logrou provar o fato constitutivo de seu direito, cujo ônus a ela incumbia, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC.

Vale lembrar que a concessão do benefício acidentário depende necessariamente da comprovação do nexo causal entre a moléstia e o trabalho e da efetiva incapacidade profissional dela resultante. A falta de qualquer um desses requisitos inviabiliza a reparação no âmbito da legislação infortunística.

Dentro desse quadro, merece ser mantido o decreto de improcedência da ação.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003855-82.2011.8.26.0363, da Comarca de Mogi Mirim, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CLÁUDIO ROBERTO GONÇALVES RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11886)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 2 de junho de 2014.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DETENÇÃO INJUSTIFICADA EM CADEIA PÚBLICA PELO PERÍODO DE DOIS DIAS – MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO EM EXECUÇÃO DE ALIMENTOS, EXTINTA EM RAZÃO DA QUITAÇÃO DO DÉBITO – CANCELAMENTO NÃO EFETIVADO NO SISTEMA INFORMATIZADO – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. Desatualização do banco de dados do sistema informatizado da Administração Pública. 2. Negligência do Estado. 3. Dever de indenizar configurado. 4. Montante do dano moral mantido, uma vez que foram observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 5. Redução da verba honorária sucumbencial, para 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC. 6. Ação de indenização julgada procedente. 7. Sentença parcialmente reformada. 8. Recurso de apelação parcialmente provido, apenas, quanto aos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 72/79, de relatório adotado, que julgou procedente ação de indenização por

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

danos morais, condenando a parte ré ao pagamento do valor de R$ 21.800,00, mais correção e juros de mora, nos termos da Súmula nº 54 do C. STJ. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada, ainda, ao adimplemento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o total do crédito.

A parte apelante, em razões recursais, sustentou, em síntese, o seguinte: a) legalidade da prisão do demandante, pois, o agente público observou a legalidade, amparado em notícia contida no sistema informatizado; b) a atuação estatal não decorre de abuso de poder ou má-fé; c) o fato noticiado não pode ser considerado ofensivo ao direito de personalidade, além do que é necessária a comprovação do dano moral, não sendo suficiente a mera alegação; d) a indenização deve ser reduzida; e) os encargos da mora devem observar o disposto na Lei Federal nº 11.960/09; f) os honorários advocatícios comportam redução, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC.

Recurso de apelação tempestivo, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, dispensado de preparo, com resposta.

É o relatório.

Pondere-se, de início, que não há reexame necessário, uma vez que a condenação é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos (§ 2º do artigo 475 do CPC).

O recurso de apelação, na questão essencialmente relacionada com o mérito, não comporta provimento, porque a r. sentença de primeiro grau deu a melhor solução ao caso concreto, ratificando-se seus fundamentos nesta oportunidade. Outrossim, apenas os honorários advocatícios devem ser reduzidos, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Conforme dispõe o art. 252 do atual Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou todas as questões controvertidas, bem como, as provas produzidas pelas partes, chegando à irrepreensível e bem fundamentada conclusão de procedência da ação.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça legitima tal posicionamento, conforme se extrai do venerando aresto a seguir transcrito:

"*PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da*

Acesso ao Sumário

lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida. 2. É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum. 3. Recurso especial não-provido." (REsp. 662.272/RS, Rel. o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 27/09/2007, p. 248).

Trata-se de ação de rito ordinário, objetivando o recebimento de indenização por dano moral, em razão de detenção indevida da parte autora, por dois dias, decorrente de equívoco na expedição de mandado de prisão, porquanto o sistema informatizado (RDO) acusou a existência de outro em aberto, expedido nos autos de ação de alimentos, julgada extinta ante a quitação do débito.

A parte apelante, para tanto, aduziu que ao acionar a polícia, por força de assalto ocorrido em 29.01.11, foi conduzida à Delegacia de Itapira para a lavratura de ocorrência e recolhida, por dois dias, privada, ainda, de produtos de higiene pessoal.

Pois bem. Examinando o conjunto probatório produzido nos autos, verifica-se que o Estado praticou ato ilícito ao cercear, indevidamente, o direito de ir e vir do autor.

O demandante foi tolhido, indevidamente, no seu direito de locomoção, em decorrência de falha na alimentação do sistema informatizado, na medida em que o processo que originou a expedição do mandado de prisão civil já estava encerrado, com trânsito julgado, em razão do pagamento do débito alimentar, em 08.10.08.

De qualquer forma, não prosperam os argumentos da parte apelante, no aspecto de mérito suscitado no recurso, pois, a r. sentença impugnada bem decidiu a questão submetida a julgamento.

Como se vê, diante do quadro formado, injustificável a condução do demandante à prisão, quando nada mais devia. Assim, tem-se que o Estado foi negligente no dever de manter atualizado o sistema de extrema importância para a vida dos cidadãos, pois, atinge direito individual tido por inviolável pela Constituição Federal, ou seja, a liberdade do ser humano (artigo 5º).

O caso não pode ser tratado como fato corriqueiro, porquanto o autor passou, repita-se, dois dias recolhido em cadeia pública, imotivadamente, somente, porque o sistema eletrônico do Estado não estava devidamente atualizado, como seria de rigor. Note-se que, se não fosse a falha apontada, o demandante não teria sido detido e mantido em cárcere ilegal.

E tal conduta ilícita praticada pela Administração Pública é passível de indenização moral, porque causou à vítima um sentimento de humilhação e de extremo desconforto, especialmente no caso da parte autora, que teve de pernoitar na cadeia enquanto aguardava as informações e a expedição do contramandado de prisão, ao longo de dois dias.

Por isso, caracterizado o dever de indenizar, enfrenta-se a análise do montante arbitrado a título de dano moral.

Os critérios utilizados para a fixação da indenização foram bem ponderados pelo Órgão Jurisdicional de primeiro grau, que atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, compensando, de um lado, o sofrimento suportado pela parte autora e, de outro, punindo a conduta ilícita praticada pela Administração Pública. Esclareça-se, por oportuno, que na hipótese de Responsabilidade Civil Extracontratual, os juros de mora e correção monetária devem ser fixados nos termos da Súmula nº 54 do C. STJ, tal como indicado na r. decisão de primeiro grau.

Outrossim, razão assiste à Fazenda Pública no que se refere aos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. A remuneração do advogado do autor merece ser reduzida, lembrando que deve ser fixada com base no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, incidente nas causas em que a Fazenda Pública é vencida, sem que isso implique, note-se, na inobservância dos parâmetros contidos nas alíneas do § 3º do mesmo artigo.

Finalmente, tendo em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza, importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a execução, afigura-se razoável a fixação da verba honorária de sucumbência no valor correspondente a 10% sobre o valor total da condenação, que é o usual, remunerando com dignidade o causídico envolvido na lide, cujo papel na Administração da Justiça é essencial, nos termos da Carta Magna.

Portanto, nestas circunstâncias, a procedência da ação era mesmo de rigor, não comportando nenhuma alteração quanto ao mérito, salvo, com relação à fixação da verba honorária, reduzida ao parâmetro acima indicado.

Por estes fundamentos, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para os fins acima especificados, ratificando, no mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000015-

70.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelada ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.787)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), FRANCISCO OLAVO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 22 de maio de 2014.

OSVALDO CAPRARO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória referente à cobrança de ISSQN sobre reforma de prédio pertencente a instituição civil sem fins lucrativos, de natureza assistencial e educacional – Autora comprovou através de testemunhas que a reforma foi realizada pelo sistema de mutirão – Imunidade por força do artigo 150, VI, "b", da CF – Inocorrência de prestação de serviço sujeito à exação de ISSQN – Sentença mantida – Negaram provimento ao recurso.

VOTO

A r. sentença de fls. 452/456, de relatório adotado, julgou procedente a demanda para declarar nula a exigência tributária do ISS referente à obra realizada. Reconheceu haver provas seguras no sentido de que a reforma do imóvel foi realizada em regime de mutirão, sem pagamento de nenhuma contraprestação aos trabalhadores obreiros, inexistindo, assim, o fato gerador do tributo.

Apela o Município de São Paulo sustentando que, apesar da r. sentença ter acertadamente reconhecido a condição de responsável tributária da apelada (Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados), incorretamente entendeu ser indevida a cobrança do ISS sobre os serviços de construção civil por ter ocorrido regime de mutirão (ausência do fato gerador). E isto porque os depoimentos de todos os supostos colaboradores da obra são de membros da ordem religiosa, ou seja, interessados no desfecho do litígio. Assim, os testemunhos não apresentam valor probatório algum.

Ressalta que supostos voluntários não residem na capital e não houve

Acesso ao Sumário

comprovação de tratar-se de mão de obra especializada para realização de obra complexa.

Postula que a demanda seja julgada totalmente improcedente, uma vez que a autora não se desincumbiu do ônus de provar os fatos que alega.

Recurso recebido em ambos os efeitos e respondido (fls. 475/480).

É o relatório.

A autora, ora apelada, é uma instituição civil sem fins lucrativos, de natureza assistencial e educacional a teor de seus estatutos (fl. 24).

Alegou na inicial que é proprietária do imóvel situado na Rua Marina Ciufuli Zanfelice, 329, Lapa de Baixo, São Paulo, e nele realizou reformas visando a sua manutenção e melhor adequação ao atendimento às finalidades essenciais, ao consultar sobre os procedimentos para regularização, a autora foi surpreendida pela cobrança do ISSQN, que incidiria sobre os 381,61 m² de construção nova, bem como os 68,73 m² de regularização da área reformada.

Ressaltou que a reforma foi realizada pelo sistema de mutirão de voluntários, que se dispuseram graciosamente a cooperar com a entidade.

A testemunha Paulo Henrique Lopes de Cerqueira declarou:

"O depoente conhece o imóvel mencionado na inicial, pertencente à requerente. O imóvel era uma extensão da Associação e nele funcionava uma escola. Trabalhou em uma reforma nesse imóvel como voluntário, como pedreiro e pintor. Todos que trabalharam nessa obra eram voluntários. Não houve contratação de terceiros" (fl. 419).

A testemunha Sérgio Bertocco Pinotti declarou:

"O depoente foi o engenheiro responsável pela reforma feita no imóvel mencionado na inicial. O imóvel era uma extensão da Associação e nele funcionava uma escola e setor de compras. Todos que trabalharam nessa obra eram voluntários. Não houve contratação de terceiros. O depoente prestou os serviços em horário de expediente durante a semana. Todos os voluntários que trabalharam na obra têm o mesmo endereço porque residem na sede da Associação requerente. A obra foi feita em 2003 ou 2004. Fez visitas frequentes à obra. Os serviços do depoente não foram cobrados. Os serviços realizados foram simples e constituíram reforma interna e coberturas externas" (fl. 420).

Não colhe o argumento do apelante de que as testemunhas tinham interesse no desfecho do litígio, uma vez que a suspeição de testemunhas deve ser arguida por meio de contradita, ato a ser praticado no interregno entre a qualificação e o compromisso da testemunha. Não tendo sido apresentada a contradita no momento oportuno, inviável a arguição de suspeição em sede de recurso, tendo em vista que incide a preclusão.

Em casos como os dos presentes autos a jurisprudência deste E. Tribunal

Acesso ao Sumário

tem-se inclinado no seguinte sentido:

"Apelação – Ação anulatória – ISSQN – Incidência sobre construção de templo religioso que utilizou mão de obra em regime de mutirão – Construção em terreno próprio às próprias expensas da entidade – Imunidade por força do artigo 150, VI, "b", da CF – Inocorrência de prestação de serviço sujeito à exação de ISSQN – Sentença mantida – Recurso da Municipalidade desprovido" – Ap. nº 0001799-94.2001.8.26.0457 – Relator Roberto Martins de Souza – Comarca de Pirassununga – 18ª Câmara de Direito Público – Data do julgamento 25-04-2013.

No mesmo sentido:

"Imunidade tributária – Reforma de imóvel no qual realizadas atividades da instituição religiosa – Obra de fiéis de modo voluntário e gratuito – Hipótese na qual não se autoriza incidência de ISS – Inteligência do artigo 150, VI, 'a' e § 4º, da Constituição da República – Manutenção da sentença que se impõe – Desacolhimento ao alegado pelo apelante – Recurso improvido" – Ap. 0047820-07-2010.8.26.0053, Relator Encinas Manfré – Comarca de São Paulo – 14ª Câmara de Direito Público – Data do julgamento 04-04-2013.

Ante o exposto, negaram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0035881-75.2009.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO, é apelada MICHELE LAIANE DIONEZIO FIGUEIREDO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13621)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e RICARDO DIP.

São Paulo, 20 de maio de 2014.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos morais – Morte do filho da autora em razão de suposto

Acesso ao Sumário

atendimento médico inadequado – Bebê natimorto – Elementos de prova coligidos aos autos que não permitem concluir que não foram tomadas as devidas cautelas no tratamento e atendimento da parturiente e de seu feto – Conduta omissiva não configurada – Não comprovação, ao contrário do aventado na petição inicial, de que a autora já se encontrava em trabalho de parto, com recomendação urgente de cesariana, quando foi encaminhada à Maternidade Municipal – Ônus da prova que incumbia à autora – Sentença de procedência reformada.

Reexame necessário e recurso voluntário do réu providos.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Michele Laiane Dionezio Figueiredo contra o Município de Osasco, alegando que no dia 10 de junho de 2008, por volta das 09h00, grávida de nove meses, dirigiu-se ao Hospital Montreal, com o qual mantinha convênio médico e realizava o acompanhamento da gravidez, a fim de realizar o parto de seu bebê, conforme orientação médica. Na ocasião foram realizados os exames admissionais, cujos resultados concluíram pela necessidade de parto cesariana. Ao preencher todos os formulários, a equipe do Hospital Montreal informou à autora acerca da existência de carência em seu plano de saúde. Em virtude da necessidade da cirurgia, orientou-a a procurar rapidamente o hospital público mais próximo, uma vez que a informação era no sentido de que a cesariana deveria ser realizada entre as 11h00 e meio-dia. Assim, acompanhada de seu pai, a autora se dirigiu ao Hospital Antônio Giglio, onde foi atendida pelo Dr. Ibrahim Zoueln, que constatou a iminência do parto. Como o Hospital Antônio Giglio não possui maternidade, foi necessária sua remoção ao Hospital e Maternidade Amador Aguiar.

Acesso ao Sumário

Em razão de seu estado frágil e sentindo muitas dores, a autora foi removida em ambulância e admitida no Hospital e Maternidade Amador Aguiar. Foi submetida a exames enquanto aguardava em sala apropriada, ingerindo soro pela via venal. No exame dos batimentos cardíacos do bebê, foi constatado que ele estava bem. A despeito do estado emergencial que o Hospital Montreal alertara a paciente, bem como sobre a necessidade do parto cesariana, somente por volta das 20h00 a equipe do Hospital e Maternidade Amador Aguiar retirou o soro e orientou a autora a aguardar em casa por mais três dias, devendo retornar ao hospital no dia 13 de junho de 2008.

No dia 13 de junho, ao retornar ao hospital e ser submetida aos exames, constatou-se que o bebê não se movia e não possuía batimentos cardíacos. Constatada a morte do bebê, a médica que a examinava informou que, segundo os critérios médicos, o bebê estaria morto desde o dia anterior, devido à anoxia intrauterina (falta de oxigênio). Nesse contexto, sustenta que entrou no Hospital e Maternidade Amador Aguiar, no dia 10 de junho de 2008, com o bebê saudável, na iminência de seu nascimento. Devido ao fato de não possuir dilatação pélvica, havia a premente necessidade da realização de parto cesariana, o que não foi feito. Esse fato, cumulado com a orientação de que aguardasse mais três dias em casa, notoriamente causou a anoxia intrauterina do bebê, dano ocasionado, portanto, por conduta negligente dos prepostos do Município. Requer a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais, no importe equivalente a 200 salários mínimos, acrescidos dos consectários legais.

A r. sentença de fls. 159/163 julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da quantia de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) a título de danos morais, com correção monetária conforme a Tabela Prática do TJSP a partir do arbitramento, e juros de mora desde a data do evento (10/06/2008), nos termos da Lei nº 11.960/09. Em razão da sucumbência, condenou o réu ao pagamento das custas processuais e da verba honorária, esta fixada em 10% sobre o valor da condenação.

O réu interpôs recurso de apelação a fls. 168/173, pugnando pela reforma do julgado, uma vez que restou demonstrado que o atendimento médico dispensado à autora foi satisfatório, dentro da realidade e das possibilidades técnicas postas à disposição pelo Poder Público aos pacientes que dele necessitam. Inexiste imperícia, negligência ou imprudência por parte dos prepostos do Município, que agiram de acordo com a conduta médica disposta para tal situação.

Contrarrazões a fls. 177/181.

É o relatório.

Considero interposto o reexame necessário, à luz do disposto no art. 472, § 2º, do Código de Processo Civil.

O reexame necessário e o recurso voluntário do réu devem ser providos.

Com efeito, dispõem os artigos 186 e 927 do CC de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Pois bem.

O cerne da controvérsia, no presente caso, está atrelado à aferição de conduta negligente por parte dos médicos responsáveis pelo tratamento da

Acesso ao Sumário

autora então gestante, uma vez que, de acordo com a exordial, não teriam sido tomadas as precauções necessárias a evitar o óbito de seu bebê.

Anote-se que, não obstante a r. sentença tenha orientado, na espécie, a responsabilização do réu pelo regime constitucional da responsabilidade objetiva, entendo que a questão deve ser examinada sob o prisma da responsabilidade subjetiva, seja pela omissão estatal (*Teoria da Falta ou Culpa do Serviço*) quanto pela obrigação contraída pelo agente público, no caso, o profissional de medicina, de conferir tratamento adequado.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pág. 871) que:

> ***Quando do dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.***
>
> ***Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.***

Nessa esteira, importante salientar que **“a pacífica jurisprudência do STJ e do STF, bem como a doutrina, compreende que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, ou seja, a omissão do Estado, apesar do dever legalmente imposto de agir, além, obviamente, do dano e do nexo causal entre ambos”** (STJ, REsp 1023937/RS, 2ª Turma, j. 08/06/2010, rel. Min. Herman Benjamin). No mesmo sentido, REsp 1.069.996/RS, 2ª Turma, j. 18/06/2009, rel. Min. Eliana Calmon: **“jurisprudência dominante tanto do STF como deste Tribunal, nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva”**.

E como se sabe, a obrigação do médico é de meio e não de resultado, portanto, este fica obrigado a empregar a boa técnica e o zelo de acordo com a necessidade no momento em que o paciente chega ao Hospital; porém não garante a cura ou o resultado de seu tratamento, pois existe certa impossibilidade

Acesso ao Sumário

de prever as situações e reações do corpo humano, tendo em vista que cada organismo responderia ao tratamento de maneira diferente.

Portanto, em se tratando de obrigação de meio, a análise da responsabilidade deve se dar necessariamente após a demonstração da culpa do médico, ou seja, de que foi negligente, imprudente ou imperito no tratamento dispensado ao paciente, ensejando, com isso, o chamado "erro médico", seja em tratamento medicamentoso ou cirúrgico.

Outro não é o entendimento dos precedentes desta Seção de Direito Público, em demandas similares, que ora são colacionados:

> **"*Ação de indenização por danos materiais e morais. Erro médico. Improcedência. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Inviabilidade. Ausência de nexo causal entre o apontado dano e o comportamento omissivo e/ou culposo imputado aos agentes públicos. Recurso improvido.*"** (Apelação n° 0050872-15.2006.8.26.0000, rel. Des. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, j. 04/04/2011).

> **"*INDENIZAÇÃO – SERVIÇO MÉDICO – A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO NÃO É UMA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, MAS UMA OBRIGAÇÃO DE MEIO, UMA VEZ QUE NEM SEMPRE UMA BRILHANTE ATUAÇÃO SE REFLETE EM UMA RESPOSTA POSITIVA POR PARTE DO PACIENTE – ASSIM, DE FORMA ALGUMA O ESTADO PODERÁ EVITAR O DANO EM TODAS ESSAS SITUAÇÕES E SER POR ELAS RESPONSABILIZADO – NEXO CAUSAL ENTRE O TRATAMENTO MINISTRADO E O FALECIMENTO DO PACIENTE NÃO CONFIGURADO – NÃO SE DEMONSTROU A CONDUTA CULPOSA DA EQUIPE MÉDICA – RECURSO IMPROVIDO.*"** (Apelação nº 0040408-75.2006.8.26.0405, rel. Des. Pires de Araújo, 11ª Câmara de Direito Público, j. 28/02/2011)

A respeito da responsabilidade civil dos médicos leciona **Carlos Roberto Gonçalves**:

> **"*... a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de 'meio' e não de 'resultado'. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. Daí o rigor da jurisprudência na exigência da produção dessa prova. Ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa, a teor do estatuído no art. 951 do Código Civil, verbis: 'O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização***

Acesso ao Sumário

devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho'." ("Responsabilidade Civil", 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, págs. 395-396).

Assim, é preciso analisar se os prepostos do réu agiram de forma culposa para a ocorrência do evento danoso.

A resposta é negativa.

Ao contrário do que sustentou a r. sentença, os elementos existentes nos autos não demonstram que a autora, no dia 10 de junho de 2008, chegou ao Hospital e Maternidade Amador Aguiar em trabalho de parto e que necessitava ser submetida com urgência à realização de cesariana.

Os documentos coligidos com a petição inicial não permitem um juízo de convicção acerca desse fato. Não há qualquer comprovação, amparada nos prontuários médicos existentes, de que o Dr. Ibrahim Zoueln, ao atender a autora no Hospital Antônio Giglio, teria constatado a iminência do parto, determinando a imediata remoção para realização de cesariana.

A única conclusão que se pode extrair, a partir da prova documental, é que a autora sofria dores decorrentes do parto e que, em razão disso, foi transferida para Hospital Maternidade especializado, onde todas as condutas médicas foram regularmente realizadas, como indicou o laudo pericial do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo – IMESC que ***concluiu que o procedimento médico, vale dizer, realizado no dia 10 de junho de 2008, foi correto, visto que foram realizados exames necessários a precisar a vitalidade fetal***. (fls. 135/136).

Ao responder aos quesitos apresentados pela autora o perito indicou que a dispensa da paciente seguiu o protocolo obstétrico e que os trabalhos científicos mostram que três dias é o tempo que o exame obstétrico com sinais de vitalidade presentes oferece tranquilidade para nova avaliação.

Por fim, indicou que a idade gestacional baseada no ultrassom não caracterizava gravidez prolongada.

Fica afastada, assim, qualquer conduta omissiva a ensejar a responsabilização civil do Município de Osasco, especialmente porque o fato de os médicos terem encaminhado a autora para sua residência não foi determinante para a configuração do dano. Houve, a princípio, conduta médica adequada e o óbito decorreu de causa imprevisível, que fugia ao controle da técnica médica, inexistindo, com isso, o liame de causalidade.

Dessa feita, não é possível afirmar que a autora chegou ao Hospital Municipal e Maternidade Amador Aguiar "com indicação de cesárea, com base em exames admissionais cujos resultados concluíram pela necessidade de parto

Acesso ao Sumário

cesariana".

Diante do cenário apresentado, não há como fugir do entendimento esposado pelo réu, porquanto "*nem havia qualquer indicação de interrupção de gravidez, seja através de cesárea, seja através de indução do parto, uma vez que tratava-se de gestação normal (a idade gestacional de gestações de termo, ou seja, normais, é entre 37 e 42 semanas e a senhora Michele Laiane Dionezio Figueiredo tinha gestação de 39 semanas e 3 dias) e que, tanto a mãe, quanto seu feto, foram corretamente avaliados.* ***A vitalidade fetal foi comprovada através da visualização do líquido amniótico por amnioscopia (mostrando líquido claro) e de cardiotocografia, que se mostrava normal. A literatura mostra que em gestações normais, a possibilidade de morte fetal dentro de 7 dias, com cardiotocografia normal é em torno de 1 para mil, portanto trata-se de exame extremamente seguro, apesar de não infalível. Após 3 dias a senhora Michele Laiana Dionezio Figueiredo retorna ao HMMAA com óbito fetal. Os óbitos fetais ocorrem apesar de todos os esforços para evitá-los. São realizadas propedêuticas várias para assegurar a documentação da vitalidade fetal e, mesmo assim, acontecem os óbitos, que podem ter causas várias, algumas completamente não previsíveis, como no caso em questão, onde, apesar de toda a propedêutica mostrar normalidade o óbito ocorreu****. O diagnóstico de anoxia intrauterina é o diagnóstico genérico, padrão de qualquer óbito fetal cuja causa, como a presença evidente de malformações, não pode ser determinada, portanto, nenhuma conclusão de responsabilidade pela ocorrência do óbito pode ser inferida deste diagnóstico*" (fls. 66).

Em suma, o óbito do bebê da autora não decorreu da inadequação do atendimento médico, supostamente realizado de forma negligente e permeado pelo descaso dos profissionais médicos. Inexiste, como consectário lógico, o direito à reparação pelos danos morais suportados.

Em suma, deveria a autora, isto sim, demonstrar que chegou ao hospital em trabalho de parto, necessitando com urgência de parto cesariana, e que o réu, não obstante a gravidade dessa situação, teria se omitido, apenas encaminhando-a para sua residência, ônus do qual não se desincumbiu, de acordo com o que consta dos autos.

Impossível, portanto, qualquer condenação com base nos elementos existentes. Não se identificou, na espécie, conduta omissiva do réu, e a autora não provou os fatos constitutivos do seu direito, razão pela qual a improcedência do seu pedido é a medida mais acertada.

Com efeito, no processo, como se sabe, a vontade concreta da lei só se afirma em prol de uma das partes, se demonstrado ficar que os fatos, de onde promanam os efeitos jurídicos que pretende, são verdadeiros, claro está que, não comprovados tais fatos, advirá para o interessado, em lugar da vitória, a sucumbência e o não reconhecimento do direito pleiteado (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, 8ª edição, Saraiva, São Paulo,

1985, v. 2, p. 193).

A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de ônus da prova. Não se trata de um direito ou de uma obrigação, e sim de um ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos da sua falta e omissão (Elementos de Derecho Procesal Civil, 1940, p. 205; *apud* José Frederico Marques, ob. cit. p. 193).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário do réu, para reformar a r. sentença e, de conseguinte, julgar improcedente o pedido, com fulcro no art. 269, I, do CPC. Em razão da sucumbência, condeno a autora ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade dessas verbas em razão de a autora ser beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita (art. 12 da Lei nº 1.060/50).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004443-15.2011.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA, é apelado NILTON DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Mantiveram o julgamento. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8955)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 22 de maio de 2014.

FRANCISCO OLAVO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CIP DO MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA – LEI MUNICIPAL 134/2003 – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA NA ADIN 129.272-0/1 PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL – EFEITO VINCULANTE – LEI MUNICIPAL 170/2006 MANTEVE A MAIORIA DOS DISPOSITIVOS DA LEI ANTERIOR – JULGAMENTO POSTERIOR DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 573.675-0/SC

– NÃO APLICAÇÃO, *IN CASU*, DA ORIENTAÇÃO DO STF EM RELAÇÃO ÀS REFERIDAS LEIS – MANUTENÇÃO DO JULGADO.

Julgamento mantido.

VOTO

Trata-se de reexame, para eventual retratação de que cuida o art. 543-B, § 3º, do CPC, do julgamento da Apelação 0004443-15.2011.8.26.0032, na qual a apelante sustenta a constitucionalidade da CIP do Município de Araçatuba.

A Turma Julgadora, na sessão de 15.12.2011, por votação unânime, deu provimento em parte ao recurso, nos seguintes termos:

Indevida, pois, a contribuição de iluminação pública exigida com base nas Leis Municipais 134/2003 e 170/2006, exceto no período em que perduraram os efeitos da liminar concedida na ADIN nº 129.272-0/1; devendo ser mantida, todavia, a referida cobrança a partir da entrada em vigor da Lei 198/2008 (fls. 102).

Contra o respectivo acórdão foram interpostos Recursos Extraordinários (fls. 106/128 e 130/154), sendo certo que o Exmo. Presidente da Seção de Direito Público, Des. Ricardo Anafe, em virtude do julgamento definitivo do mérito do RE 573.675-0/SC, que concluiu pela constitucionalidade da COSIP, devolveu os presentes autos à Turma Julgadora, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC (fls. 160).

É o relatório do essencial.

O RE 573.675-0/SC, julgado em 25.3.2009 pelo Tribunal Pleno do STF, possui a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO

Acesso ao Sumário

EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.

I – Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública.

II – A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva.

III – Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte.

IV – Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

V – Recurso extraordinário conhecido e improvido.

A orientação firmada no referido recurso, em que pese a repercussão geral julgada no mérito pelo E. STF, não pode ser aplicada integralmente ao caso vertente, uma vez que a Lei Complementar Municipal nº 134/2003, que instituiu a CIP no Município de Araçatuba, foi declarada inconstitucional pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento da ADIN nº 129.272-0/1, decisão com efeito vinculante proferida em data anterior ao julgamento do RE 573675/SC, sendo certo que a posterior Lei Complementar 170/2006 manteve o critério considerado inconstitucional na referida ADIN, conforme consignado no v. acórdão a fls. 98/99, nos seguintes termos:

A Lei Complementar Municipal 134/2003 foi declarada inconstitucional pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento da ADIN nº 129.272-0/1, em cuja decisão constou a observação de que ficariam mantidos até 21.3.2007 os efeitos da liminar concedida em parte naqueles autos "para suspender, com efeito ex nunc, a vigência e a eficácia do art. 177-E, do Título III-A, da citada lei, de tal modo que, até o julgamento do mérito, possa ser cobrado o menor valor previsto e apenas nas ruas com iluminação pública" (trecho retirado do relatório do v. acórdão).

Como visto, não se mostra mais cabível a discussão acerca da validade da cobrança no período em que vigorou a Lei 134/2003, uma vez que a referida decisão possui efeito vinculante.

Com relação à Lei Complementar 170/2006, que entrou em vigor em 13.12.2006, entendo que melhor sorte não lhe assiste, uma vez que a mesma apenas alterou alguns poucos dispositivos da Lei 134/2003, mantendo, inclusive, a diferenciação dos valores por classe de consumidores, critério considerado à época inconstitucional na ADIN nº 129.272-0/1 julgada em 21.3.2007.

Acesso ao Sumário

De rigor, pois, a manutenção do v. acórdão de fls. 92/103.

Isto posto, com base no art. 543-B, § 4º, primeira parte, do CPC, mantenho o resultado do julgamento anterior.

Jurisprudência - Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013949-78.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante CAIO DE OLIVEIRA MORAES.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso adesivo do autor, prejudicado o apelo da Fazenda Estadual e a remessa oficial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17722)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 2 de junho de 2014.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO VOLUNTÁRIA DE SERVIÇOS DE DEFESA CIVIL NAS POLÍCIAS MILITARES E CORPO DE BOMBEIROS DA LEI 11.064/2002 – INAFASTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SOLDADO TEMPORÁRIO DA POLÍCIA MILITAR – Pretensão voltada ao recebimento de décimo terceiro salário, férias, adicional de insalubridade e ALE – Autor que foi admitido na Corporação, na qualidade de voluntário, nos termos da LF nº 10.029/00 e da LE nº 11.064/02 – Dispositivos legais aludidos declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça – Aplicação, por analogia, ao regime jurídico dos policiais militares – Direito dos contratos em caráter voluntário e temporário aos direitos sociais previstos na CF, em especial, o 13º salário, férias remuneradas e terço constitucional, gratificações de adicional de

Acesso ao Sumário

localidade de exercício e insalubridade e contagem de tempo para aposentadoria. Sentença de parcial procedência reformada, em parte. Recurso adesivo do autor provido, prejudicados o apelo da Fazenda Estadual e a remessa oficial.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação proposta por Caio de Oliveira Moraes em face da Fazenda Estadual, objetivando o recebimento, pelo tempo trabalhado à Polícia Militar na condição de soldado temporário (período de 02/02/2010 a 02/02/2012), de Adicional de Local de Exercício, férias com acréscimo de 1/3, décimo terceiro salário e adicional de insalubridade e recolhimento previdenciário.

A r. sentença de fls. 57/62 julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a requerida a indenizar o requerente quanto as férias não gozadas e 13º salário não pagos, bem como a pagar as verbas relativas ao Adicional de Insalubridade no grau máximo e o ALE, sem incidência deste sobre as demais, mais juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação, e correção monetária calculada pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09. Custas e despesas processuais pela requerida, mais honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, devidamente atualizados.

No prazo legal apelou a Fazenda Pública. Sustenta a inexistência da relação de trabalho e a constitucionalidade das Leis 10.029/2000 e 11.064/2002, afirmando que o autor não faz jus aos pagamentos que pleiteou. Requer, ainda, a minoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões dos autores às fls. 83/90.

O autor apresentou recurso adesivo às fls. 91/97. Argumenta a necessidade de apostilar o tempo de serviço prestado ao Estado e de recolher os descontos previdenciários.

Recurso tempestivo e respondido às fls. 101/114.

É o relatório do necessário.

Voto.

Em primeiro lugar, destaco ser caso de reexame necessário da r. sentença.

Muito embora o valor dado à causa não exceda 60 salários mínimos, fato que, em uma primeira análise, autorizaria a dispensa do reexame necessário, o entendimento atual é de que mencionada limitação não incide para sentenças ilíquidas, caso dos autos. Essa a Súmula deste E. Tribunal de Justiça:

Súmula 108: A dispensa de reexame necessário, autorizada quando

Acesso ao Sumário

o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei 10.352/01.

Consta dos autos que o autor foi admitido como voluntário para prestar serviços temporários junto à Polícia Militar, consoante a Lei Federal 10.029/00 e a Lei Estadual 11.064/02, nos períodos de 02/02/2010 a 02/02/2012. Busca com a presente demanda a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento das verbas referentes férias com acréscimo de 1/3, décimo terceiro salário, adicional de insalubridade em grau máximo, adicional de local de exercício e recolhimento previdenciário.

A Lei Federal nº 10.029, de 20 de outubro de 2000, estabeleceu, em seu artigo 1º, que os Estados e o Distrito Federal poderão instituir a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares.

No âmbito do Estado de São Paulo, o Serviço Auxiliar Voluntário (SAV) na Polícia Militar veio a ser instituído pela Lei Estadual nº 11.064, de 08 de março de 2002.

Ambos os dispositivos legais acima referidos foram declarados inconstitucionais pelo C. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 994090022799 (1751990000)

Relator: A. C. Mathias Coltro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 05/08/2009

Data de registro: 20/08/2009

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI FEDERAL 10.029/2000 E LEI ESTADUAL 11.064/2002 QUE DISCIPLINAM A CONTRATAÇÃO DE VOLUNTÁRIOS TEMPORÁRIOS PARA AS POLÍCIAS MILITARES E CORPOS DE BOMBEIROS – INCONSTITUCIONALIDADES FLAGRANTES – FORMA DE ADMISSÃO E DE REMUNERAÇÃO NÃO PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ENTENDIMENTO – SUPRESSÃO DE DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR – CONTRATAÇÃO QUE, ADEMAIS, DEVERIA OBSERVAR O PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, JÁ QUE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS POR POLICIAIS MILITARES SÃO PERMANENTES – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

Pertinente mencionar a conclusão do Em. Relator Mathias Coltro no referido julgamento:

"Por fim, o que se verifica das leis em questão, mormente da lei

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

estadual, é simplesmente a burla à Constituição e com a supressão de direitos sociais, porquanto, de voluntários, os soldados da polícia militar contratados nos termos de tal legislação não têm nada, sendo, apenas e tão somente, temporários, aliás como a própria lei os chama: Sd PM temporário.

Destarte, reputam-se inconstitucionais a Lei Federal 10.029/2000 e a Lei Estadual 11.064/2002."

Assim, afastada a aplicação da Lei Estadual 11.064/2002, por sua inconstitucionalidade, era mesmo o caso de julgamento de procedência da ação. Isso porque aos autores é aplicável, como servidores públicos contratados, o regime jurídico dos Policiais Militares do Estado de São Paulo.

Dessa forma, deve ser calculada sua remuneração do período em que prestaram serviços, percebendo as verbas pagas aos Policiais Militares, nos termos da legislação pertinente, além do 13º e indenização de férias, valores que serão calculados em liquidação de sentença, acrescidos de correção monetária e juros de mora conforme o artigo 1º-F da Lei 9.494/97, a partir da citação.

Ora, o autor desempenhou a sua função de soldado temporário sob rígida jornada de trabalho, em atividades típicas da Corporação, com subordinação às mesmas regras dos policiais militares efetivos.

Dessa forma, o autor deve ter o mesmo tratamento concedido aos policiais militares efetivos, no que tange às vantagens pecuniárias, por isso fazendo **jus às verbas que postularam, em conformidade com a legislação aplicável aos Policiais Militares**.

No mesmo sentido, julgados desta Corte:

0040675-96.2010.8.26.0602 Apelação

Relator: Xavier de Aquino

Comarca: Sorocaba

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 13/08/2013

Data de registro: 20/08/2013

Outros números: 406759620108260602

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO – SOLDADO PM TEMPORÁRIO – RECEBIMENTO DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO – ADMISSIBILIDADE – A Lei Federal nº 10.029/00 e a Lei Estadual nº 11.064/02 foram consideradas inconstitucionais pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, visto que criaram uma forma de admissão ao serviço público não previsto na Constituição Federal – Verbas devidas – Sentença reformada – Recurso provido.

0008645-66.2012.8.26.0269 Apelação

Relator: Evaristo dos Santos

Comarca: Itapetininga

Acesso ao Sumário

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 20/05/2013

Data de registro: 21/05/2013

Outros números: 86456620128260269

Ementa: POLICIAL MILITAR TEMPORÁRIO. Pretensão ao recebimento do 13º salário, férias, Adicional de Insalubridade e Adicional de Local de Exercício. Admissibilidade. Critério estabelecido pelas legislações nº 10.029/00 e 11.064/02, declaradas inconstitucionais pelo Colendo Órgão Especial. Reconhecimento do vínculo estatutário, ainda que temporário, uma vez que o ingresso na corporação se deu por concurso público, descaracterizada a transitoriedade da contratação para atender a excepcional interesse público. Inviável, contudo, averbação do tempo de serviço prestado, em face da ausência de descontos a título de contribuição previdenciária. Precedentes. Recurso provido, em parte.

0056859-57.2012.8.26.0053 Apelação

Relator: Sidney Romano dos Reis

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 09/09/2013

Data de registro: 12/09/2013

Outros números: 568595720128260053

Ementa: Apelação Cível – Policial Militar Temporário – Pretensão ao recebimento de 13º salário, férias e Adicional de Insalubridade – Sentença de parcial procedência – Recurso do autor e da Fazenda Estadual – Critério estabelecido pelas legislações nº 10.029/00 e 11.064/02 declaradas inconstitucionais pelo Colendo Órgão Especial – Considerando o mesmo tratamento concedido aos policiais militares efetivos, no que tange às vantagens pecuniárias, de rigor o percebimento pelo autor de férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salário, adicional de insalubridade, pelos períodos laborados e pleiteados na inicial – Aplicação de correção monetária e juros de mora – Não reconhecimento, tão somente, da averbação do tempo de serviço em face da ausência de descontos a título de contribuição previdenciária – Precedentes – Ônus de sucumbência invertidos – R. Sentença reformada – Recursos do autor e da Fazenda do Estado de São Paulo providos, invertendo o julgado e os ônus da sucumbência, nos termos do acórdão.

Por outro lado, é evidente o descabimento (i) da extensão dos benefícios relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) acrescido de multa de 40%, (ii) ao pagamento da multa prevista no artigo 477 da CLT, (iii) ao reconhecimento da relação de emprego e registro em sua CPTS, (iv) férias em dobro, e (v) ao recebimento do aviso prévio indenizado, uma vez que, tais direitos não são previstos para os militares, conforme disposto pelo art. 42 § 1º

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

combinado com o art. 142 § 3º, VIII, ambos da Constituição Federal, conforme remissão feita por este último dispositivo aos incisos do art. 7º. Muito pelo contrário, estão previstos em regramento jurídico diverso que, diga-se, não lhes são aplicáveis, no caso a CLT.

Também descabido é o pagamento de valores referentes a auxílio alimentação e licença-prêmio. Não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei estadual assegurava aos policiais temporários alimentação e não há evidências de que o autor tenha deixado de receber esse benefício. Com relação à licença-prêmio "remunerada e não gozada", observa-se que o autor sequer completou o período de 05 (cinco) anos em serviço para gozo desse benefício.

No que concerne à verba honorária, sua fixação deve observar os preceitos do parágrafo 4º, do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Considerando-se a questão debatida nos autos, os trabalhos desenvolvidos, o grau de zelo do profissional, o tempo despendido e a importância da causa, constata-se que o valor pré-determinado na r. sentença está em consonância com os preceitos do artigo 20, § 4º, do CPC e não merece reparos, razão pela qual deve ser mantido.

Assim, é caso de reforma da r. sentença apenas para reconhecer o direito do autor no período em que prestou serviço ao Estado, averbando-se em seu assento funcional tal período para os fins de aposentadoria, com recolhimento previdenciário, mantido o ônus sucumbencial.

Diante do exposto, voto para dar provimento ao recurso adesivo do autor, nos termos acima explicitados, prejudicados o apelo da Fazenda Estadual e a remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000116-98.2014.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante DEVANIR DONIZETE DA SILVA, é apelado MUNICÍPIO DE JACAREÍ.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.483)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), OSVALDO CAPRARO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

Acesso ao Sumário

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA – Taxa de limpeza pública e de remoção de lixo domiciliar – Pretensão do autor em ver declarada a inexigibilidade do crédito tributário, referente aos exercícios de 1998 e 1999, em razão da prescrição – Extinção do feito sem o julgamento do mérito, por ser a petição inepta, posto que da narração dos fatos não decorre logicamente conclusão – Descabimento – Inicial que contém os requisitos básicos a possibilitar o andamento regular do processo – Se a pretensão não é favorecida, o caso é de improcedência do pedido – Sentença anulada – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

DEVANIR DONIZETE DA SILVA propõe a presente ação ordinária (Processo nº 1000116-98.2014.8.26.0292, da E. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Jacareí) contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE JACAREÍ**, alegando, em síntese, que é proprietário do imóvel descrito na inicial, e que recebeu da Municipalidade ré a notificação para o pagamento das taxas de limpeza pública e de remoção de lixo domiciliar referente aos exercícios de 1998 e 1999. Alega que a ação para cobrança do referido tributo encontra-se prescrita, visto que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com o lançamento (1998 e 1999), bem como que a liminar concedida nos autos da ADI nº. 0103026-20.2000.8.26.0000, para suspender a eficácia da norma (taxa de limpeza pública e remoção de lixo domiciliar), foi revogada com julgamento do mérito da referida ação. Ao final, requer a concessão da justiça gratuita, bem como a procedência da presente ação, com a consequente declaração de inexistência do crédito tributário, em razão de sua extinção pelo instituto da prescrição.

O MM. Juiz *a quo* determinou que fosse emendada a petição inicial, por entender que da narração dos fatos não decorria logicamente uma conclusão (fl. 37), sendo cumprida tal determinação às fls. 39/42.

Registre-se que foi o feito sentenciado às fls. 43/55, tendo o MM. Juiz *a quo* indeferido a inicial e julgado extinto o processo, nos termos dos artigos 267, inciso I, c.c. 295, inciso I, c.c parágrafo único, inciso II, ambos do Código de Processo Civil.

O autor apresentou, então, seu recurso de apelação (fls. 57/66); em

Acesso ao Sumário

preliminar, alega que a inicial é apta, uma vez que a divergência de entendimento não tem o condão de tornar inepta a petição inicial. No mérito, reitera as a argumentação apresentada em sua inicial, pugnando pelo provimento ao presente recurso, com a reforma da r. sentença, para que seja afastada a inépcia da inicial e, consequentemente, julgada procedente a ação, declarando-se extinto o crédito tributário (taxa de limpeza pública e remoção de lixo domiciliar dos anos de 1998 e 1999) em razão da prescrição, com fundamento nos artigos 174, *caput*, e 156, V, do Código Tributário Nacional.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado.

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Malgrado o entendimento do ínclito magistrado de primeiro grau, conclui-se que a r. sentença *merece ser anulada*.

Trata-se de ação ordinária, visando à declaração de inexigibilidade dos créditos referentes às taxas de limpeza e de remoção de lixo domiciliar cobradas pelo Município de Jacareí nos anos de 1998 e 1999, em razão da prescrição.

O douto magistrado, após determinar a emenda da inicial, extinguiu o feito por considerar a inicial inepta, sob o argumento que da narrativa dos fatos não decorre logicamente a conclusão.

Pois bem. De acordo com o disposto no art. 295, parágrafo único, do CPC a petição inicial é considerada inepta quando: "*I – lhe faltar pedido ou causa de pedir; II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III – o pedido for juridicamente impossível; IV – contiver pedidos incompatíveis entre si*".

Para PONTES DE MIRANDA, ocorre inépcia quando: "*a) os fatos hajam sido narrados de tal maneira que deles não se possa tirar o que serviria à exposição da causa para a lide; b) os fundamentos jurídicos de que se valeu a parte ou o procurador judicial são tão evidentemente inadmissíveis ou ininteligíveis, que nenhuma sentença poderia ser dada com base neles; c) se o pedido é eivado de incerteza absoluta; d) se a petição não alude a nenhum meio de prova, ou se refere apenas a pretendidos meios de provas que o direito desconhece; e) se não foi requerida a citação do réu, salvo se se tratar de processo excepcional que se abre inaudita adversa parte; f) se não foi dado valor a causa*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, p. 85).

No caso dos autos, ao contrário do que afirma o MM. Juiz, contém a petição inicial os requisitos básicos a possibilitar o andamento regular do processo, já que constam da mesma seus elementos primordiais, quais sejam, as partes; o pedido, com seus fundamentos jurídicos; e a causa de pedir, com fulcro no artigo 282 do CPC, tendo o autor declinado elementos fáticos a amparar o pedido, mostrando-se a exordial, portanto, apta.

Acesso ao Sumário

No entanto, cumpre salientar-se que a sentença combatida contém uma certa confusão de institutos processuais, que deve ser elucidada. Com efeito, o magistrado valeu-se do art. 295, inciso I e parágrafo único e inciso II, do CPC, para indeferir a petição inicial, julgando-a inepta, à consideração de que da narração dos fatos não decorreu logicamente a conclusão.

Ora, *in casu*, não se trata de inépcia da inicial, levando-se em conta, principalmente, que da narração dos fatos decorreu a conclusão. Tanto é assim que o douto magistrado, ao analisar a questão prejudicial de mérito, qual seja, a prescrição, trazida à tona pelo apelante em sua exordial, concluiu pela sua inocorrência, considerando que a constituição definitiva do crédito tributário se dá com a inscrição do débito na dívida ativa, apreciação esta que não se daria caso, de fato, a inicial fosse inepta.

Assim, configura-se erro dizer que da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão. Se a pretensão não é favorecida, o caso é de improcedência do pedido, razão pela qual não há que se falar em inépcia da inicial.

Observa-se, ainda, que não é o caso de julgamento de mérito da matéria pelo Tribunal, por inaplicável, ao caso presente, o disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, sem que haja supressão de instância.

Com isto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, para o fim de anular-se a r. sentença de fls. 43/55, determinando-se o regular prosseguimento da instrução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0135262-78.2007.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO, é apelado GILBERTO LUCENA COSTA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.193)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e MAURÍCIO FIORITO.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – Alegação de degradação de vegetação nativa para construção de imóvel, postulando-se a demolição da edificação e posterior recomposição da área – Sentença de improcedência da demanda que merece subsistir – Lote do acionado que não está inserido em área de preservação permanente ou em Unidade de Conservação, integrando empreendimento regularmente aprovado e licenciado pelo Poder Público competente, sem qualquer anotação quanto à eventual restrição construtiva – Aprovação do loteamento que levou em consideração as prescrições da Lei Federal nº 6.766/79, inclusive aquelas atinentes às limitações ambientais – Lotes que foram liberados para comercialização, não se podendo, destarte, impedir os adquirentes, terceiros de boa-fé, do regular exercício de seu direito de propriedade – Apelo do autor não provido.

VOTO

Cuida-se de ação civil pública ambiental ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Gilberto Lucena Costa, voltada à condenação do acionado: a) **na obrigação de não fazer**, consistente em abster-se de efetuar, promover, patrocinar ou permitir que se façam quaisquer intervenções ou alterações modificativas das características do meio ambiente na área objeto destes autos, incluindo supressão de vegetação nativa, construções, terraplanagem, etc., salvo mediante prévia e expressa autorização, licença ou permissão legal dos órgãos ambientais competentes; e, b) **na obrigação de fazer**, consistente em demolir a casa existente no local, destinando-se os resíduos e entulhos decorrentes para lugar ambientalmente adequado, bem como elaborar, fazer aprovar perante o D.E.P.R.N./S.M.A. e implantar um projeto de recuperação ambiental da área irregular e ilegalmente suprimida (sob aspectos físico e biótico), a ser subscrito por profissional regularmente habilitado, incluindo-se anotação e recolhimento da ART, o qual deverá contemplar cronograma com início e término de obras e serviços, preparo do solo, plantio de essências vegetais exclusivamente nativas, em caráter heterogêneo e respeitada a biodiversidade local, substituição de mudas ou árvores que vierem a perder-se ou morrer por quaisquer motivos (pelo prazo mínimo de cinco anos), além de adubação e monitoramento, sem prejuízo de outras exigências de ordem técnica, emanadas dos órgãos ambientais.

Acesso ao Sumário

Alegou o autor, em essência, que: no dia 18/12/1999, policiais ambientais constataram que o promovido havia suprimido vegetação natural tipo capoeira

em área correspondente a 0,048 ha de sua propriedade, removendo arbustos e raízes de plantas, sem possuir licença, permissão ou autorização ambiental necessária, lavrando-se o respectivo auto de infração ambiental nº 16.982; a área atingida é considerada Floresta Alta de Restinga, em estágio avançado de regeneração, mas não está inserida em unidade de conservação ou em faixa de preservação permanente; a conduta impugnada pode ser considerada como poluidora, nos termos do art. 3º da Lei Federal nº 6.938/81, devendo o réu ser responsabilizado pela pertinente reparação, na forma do art. 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil e do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, máxime porque tem responsabilidade objetiva por tal recuperação, consoante deflui do art. 14, § 1º, c.c. art. 4º, inciso VII, ambos da mencionada Lei Federal nº 6.938/81.

A r. sentença de fls. 132/134, prolatada pelo douto juiz Enoque Cartaxo de Souza, julgou improcedente o pedido inicial. Os embargos declaratórios opostos a este julgado pelo acionante foram rejeitados (v. fls. 136 e 138).

No prazo legal, sobreveio apelação do autor, aduzindo, preliminarmente, a nulidade da r. sentença, que teria sido proferida por magistrado suspeito. Em relação ao mérito, sustenta que não há direito adquirido para degradar o meio ambiente, inexistindo relação entre a averbação do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis e os danos ambientais que se pretende reparar; ademais, ainda que regular o parcelamento do solo, não há autorização automática para intervenção no meio ambiente, sem que o agente possua prévia licença. Postula, daí, a anulação ou a reforma do *decisum*.

Contrarrazões a fls. 155/160, opinando a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso interposto (v. fls. 165/178).

É o relatório.

O reclamo recursal não comporta acolhida.

Cumpre, de início, afastar a alegação de nulidade da sentença por suspeição do juízo.

A suspeição do juízo é matéria preclusiva, que deve ser arguida por meio de exceção no prazo para resposta, quando fundada em motivo preexistente, ou no prazo de quinze dias, contado do fato superveniente que a ensejou, sob pena de convalidação dos atos praticados pelo condutor do feito.

A propósito, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, precisamente, que:

> "Nos termos do art. 305 do CPC, a incompetência e a suspeição do juízo podem ser arguidas, por meio de exceção, em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, no prazo de 15 dias da ciência do fato, sob pena de preclusão" (v. AgRg no AREsp nº 197.775/RJ, 4ª Turma, relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 06/05/2014, DJe 16/05/2014).

Acesso ao Sumário

No caso vertente, a suspeição do julgador, suscitada pelo autor, decorre de suposta entrevista jornalística que teria concedido ao jornal "A Tribuna", da cidade de Santos, em 03/09/2006 (v. fl. 142), mais de um mês antes da propositura da presente ação, em 04/10/2006, sem que tivesse sido oportunamente apresentada a pertinente exceção, restando, portanto, preclusa a matéria, que não pode ser reavivada nesta oportunidade.

De qualquer modo, como bem anotado pela Procuradoria de Justiça em seu parecer:

> "... os autos não abrigam quaisquer documentos demonstrativos de ocorrência da propalada entrevista concedida por eminente magistrado ao jornal 'A Tribuna', através da qual Sua Excelência teria declinado publicamente o motivo que o levara a '*se declarar suspeito contra o Ministério Público, quando este é representado pelo Promotor de Justiça*' (fls. 142) signatário da inicial e razões de apelo. De outro, a referência levada a efeito nas razões recursais é indefinida quanto ao sujeito ('por' e não 'pelo')[1], tudo de forma a não permitir, na espécie, a formação de juízo seguro com relação aos fatos e sua autoria.
>
> Não bastasse, depreende-se que a publicação da entrevista ao órgão de imprensa teria ocorrido em 03.09.06 (*fls. 142*), enquanto que os autos comprovam que o mesmo digno Magistrado prolator da guerreada sentença despachara anteriormente, aos 10.10.06, o recebimento da petição inicial da ação civil pública em questão, quando determinou a citação na forma legal (*fls. 62*), ou seja, em data posterior ao noticiado pronunciamento ofertado ao jornal 'A Tribuna', sem que haja notícia de eventual oposição de exceção de impedimento ou suspeição interposta.
>
> Com isso, 'data venia', não restam configurados, na hipótese, os elementos mínimos de informação tendentes a propiciar juízo seguro sobre a eventual ocorrência dos motivos ensejadores de impedimento ou suspeição do nobre Magistrado sentenciante (*CPC, arts. 134 e 135*)" (v. fls. 168/169).

Passa-se, então, ao exame do mérito da causa.

O ora apelado adquiriu imóvel consistente no lote 5 da quadra 36 do loteamento "Jardim Marabá II", que fora aprovado pela Prefeitura de Itanhaém, mediante a expedição do Alvará de Licença nº 591, de 25 de agosto de 1980, conforme consta da Matrícula nº 64.859, registrada em 30 de janeiro de 1981, perante o Oficial de Registro de Imóveis daquela Comarca (v. fl. 37).

Ora, à evidência, tal licenciamento municipal tomou em consideração as prescrições da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que disciplina o parcelamento do solo urbano, impondo a necessidade de expressa observância

1 "Em entrevista jornalística concedida **por** eminente magistrado ao jornal 'A Tribuna', de Santos, em 03.09.2006, página A-14, o senhor Juiz de Direito declina publicamente o motivo que o levou a se declarar suspeito contra o Ministério Público, quando este é representado pelo Promotor de Justiça signatário" (g.n.).

Jurisprudência - Direito Público
Acesso ao Sumário

e menção a eventuais limitações ambientais ou construtivas que pesem sobre os lotes a serem comercializados.

Todavia, não há na matrícula do imóvel do promovido, e nem sequer naquela do aludido loteamento, anotação de restrição de qualquer espécie cujo conhecimento devesse ser dado aos futuros adquirentes, inexistindo qualquer controvérsia quanto ao fato de que "não se encontra em área de preservação permanente e nem está inserido em Unidade de Conservação" (v. fl. 30).

Daí decorre que, se o empreendimento foi normalmente licenciado pela autoridade municipal competente, liberando-se os respectivos lotes à comercialização, não podem os adquirentes, terceiros de boa-fé, ver-se impedidos do regular exercício de seu direito de propriedade, sob alegação da existência de óbices ambientais.

E nem se alegue que o demandado estaria submetido a nova legislação ambiental mais restritiva, a qual deveria atender, haja vista que o auto de infração ambiental foi lavrado ante a suposta violação a preceitos das Leis Federais nºs 4.771/65 e 6.938/81, vigentes à época da aprovação do loteamento.

Nessa linha, a decisão de primeiro grau deu adequada solução à controvérsia posta nos autos, assentando, na justa medida, que:

> "A questão a ser analisada nos autos não diz respeito a legitimidade do requerido para figurar no polo passivo da ação, mas sim ao interesse processual do autor em continuar com esta ação.
>
> Como se vê do documento de fls. 38, há averbação no cartório de registro de imóveis registrando o loteamento Jardim Marambá II, 'em virtude de conclusão de todas as exigências referente ao cronograma das obras para implantação do loteamento Jardim Marambá II, conforme laudo de vistoria, datado de 23 de agosto de 1989 e certidão, datada de 25 de maio de 1990, ambos expedidos pela Prefeitura Municipal da estância Balneária de Itanhaém'.
>
> Portanto, o loteamento é regular e foi devidamente aprovado pela Prefeitura Municipal e, consequentemente, pelos órgãos ambientais da época.
>
> Portanto, quando o requerido adquiriu o lote de terreno podia e pode perfeitamente executar as obras necessárias para erguer construção de imóvel, sem que isso implique em desrespeito às leis ambientais.
>
> Seria um absurdo total admitir que uma pessoa adquira um lote de terreno em um loteamento regularizado e seja impedido de usar esse lote a pretexto de que está encravado em área de mata atlântica. Seu direito adquirido deve ser preservado.
>
> Se o loteamento foi regularmente aprovado não pode agora o Ministério Público, com base num auto de infração lavrado pela polícia ambiental e pelo DEPRN depois de aprovado o loteamento querer que tudo seja desfeito. Se isso ocorrer definitivamente não haverá mais ato

Acesso ao Sumário

jurídico perfeito em nosso ordenamento.

E mais. Se o loteamento foi aprovado, evidentemente foi o loteador o autor do desmatamento, não podendo se responsabilizar o adquirente do lote por esses danos, sob pena de instituirmos a responsabilidade objetiva, tão combatida pela jurisprudência" (v. fl. 133).

Não há, destarte, realmente como se pronunciar aqui a responsabilidade invocada em face do acionado.

A r. sentença apelada não comporta qualquer reparo, devendo subsistir por seus próprios fundamentos, que ficam aqui ratificados, na forma da permissão contida no art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo do Ministério Público autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0043350-93.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NESTLÉ BRASIL LTDA., é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Doutora Rachel Ajami Holcman pela apelante Nestlé Brasil Ltda.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.002)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente sem voto), PIRES DE ARAÚJO e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

RICARDO DIP, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ICMS. CRÉDITO OUTORGADO.

Havendo conflito fiscal entre diversos Estados da Federação, cabe ao lesado obter, no eg. STF, "a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado (...) e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território" (REsp 31.714 – STJ – Rel. Min. CASTRO MEIRA; de modo cônsono: RMS 32.453 – Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; RMS 32.937 – Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES; RMS 26.334 – Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES; AgR no REsp 1.312.486

– Rel. Min. HUMBERTO MARTINS; RMS 38.041 – Rel. para o acórdão Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

Provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam estes autos pretensão anulatória de débito tributário ajuizada por Nestlé Brasil Ltda. contra a Fazenda do Estado de São Paulo, tendo por objeto o auto infracional nº 3.123.684-4 emitido pelo Fisco paulista.

Historia a requerente o fato de sua unidade industrial em São José do Rio Pardo se ter aproveitado de créditos de Icms resultantes de entradas de mercadorias provenientes de outra sua unidade industrial, esta sediada no Estado de Goiás e usufruída de incentivos fiscais (sob a espécie de créditos outorgados) correspondentes ao valor integral do imposto destacado nas notas fiscais correlatas. A Administração fiscal bandeirante entendeu incabível o creditamento, à míngua de pertinente convênio na esfera do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), de que seguiu a autuação combatida na vertente demanda, cuja petição inicial remata, elencando, de modo articulado, as teses com que desafia a autuação em foco, assim afirmando (fls. 40-1):

(*i*) a inviabilidade de acrescentar-se às hipóteses normativas da isenção e não incidência uma terceira opção exclusora da não cumulatividade do Icms;

(*ii*) que a hostilizada autuação fiscal maltrata a regra do inciso V do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988;

(*iii*) que competiria ao egrégio Supremo Tribunal Federal decidir sobre o conflito interestadual que, no caso, empolga o Decreto goiano nº 4.852/1997 (de 29-12);

(*iv*) ter a Lei complementar nº 24/1975 (de 7-1) nascido inválida, não lhe competindo a disciplina sobre a outorga de créditos, o que vicia a regra do § 2º do art. 59 do Regulamento paulista do Icms;

(*v*) ser abusiva, por desproporcionada, a multa que se infligiu na espécie;

(*vi*) padecer de inconstitucionalidade a taxa de juros que supera, no caso, a contada pela variação recrutada do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic).

2. O MM. Juízo de origem, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, declarou a improcedência do pleito (fls. 390-401), e, do decidido, apelou a suplicante (fls. 408-50), reiterando, no essencial, os fundamentos

Jurisprudência - Direito Público

originários de sua demanda, cuja inteira acolhida postula ou, subsidiariamente, para reduzir a taxa dos juros de mora.

Respondeu-se ao recurso (fls. 464-87).

É o relatório do necessário, em acréscimo ao da r. sentença de origem, conclusos os autos recursais em 19 de março de 2014 (fl. 490).

VOTO:

3. Imputou-se à ora apelante, em via administrativa, o creditamento de R$ 233.039,62, valor esse correspondente a diferença de Icms destacado em notas fiscais de transferência de mercadorias de seu estabelecimento no Estado de Goiás a outro, situado no de São Paulo, diferença essa resultante de incentivo fiscal (crédito presumido ou outorgado) concedido, na origem, sem observância da Lei complementar nº 24, de 1975.

4. Técnica de incentivo de atividades industriais, o crédito outorgado tem por escopo desonerar o contribuinte de parte da carga tributária de incidência ordinária, com o aproveitamento de valor apenas presumido em dadas operações, o que exigiu, para evadir ou, quando menos, mitigar os conflitos entre os vários Estados da Federação brasileira, a edição de norma **nacional** para a disciplina da outorga de créditos de Icms.

Muito antes da vigência do Código político de 1988 já se expedira a **Lei complementar nº 24**, de 7 de janeiro de 1975, prevendo, em seu art. 1º, que:

"As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal (…),"

e estendendo essa disciplina à outorga de créditos:

"Parágrafo único – O disposto neste artigo também se aplica:

(…)

III – à concessão de créditos presumidos" (art. 1º),

segundo vigente critério de **unanimidade de assentimento – "A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados** (…)" (§ 2º do art. 2º; averbe-se, todavia, que tem curso no eg. STF uma Adpf, nº 198, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, versando o tema desse quórum unânime) – e, para mais, cominando-se as sanções indicadas no art. 8º dessa Lei complementar nº 24:

"A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I – a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II – a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente."

5. Embora **não se veja maltrato** da não cumulatividade do Icms com

Acesso ao Sumário

a versada interdição de aproveitamento de crédito que foi outorgado sem aprovação convenial, exatamente porque presumido, o valor objeto da concessão não se recolheu de fato, e à órbita do princípio da não cumulatividade concorra apenas o quantum real de imposto recrutado em operações anteriores, que é a medida propícia à compensação correspondente (vide RE 109.486 – STF – Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 31-3-1992), **nem se negue a vigência** da Lei complementar nº 24/1975, que de há muito o egrégio Supremo Tribunal Federal solidou recepcionada pelo Código político de 1988 (cf. ADI 1.179 – Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 13-11-2002; REsp 539.130 – Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 4-12-2009; ADI 2.549 – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 1º-6-2011; ADI 4.635 – Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 22-10-2012), o que ampara, quer parecer-me, a pretensão da requerente, ora apelante, é **inviabilidade de iniciativa unilateral** do Estado de São Paulo em **atuar a norma do art. 8º da referida Lei complementar nº 24.**

Com efeito, o colendo Supremo Tribunal Federal tem entendido que a concessão de benefícios fiscais sem respaldo no convênio versado nessa Lei complementar **atrai incompatibilidade com a Constituição Federal** (c f.: ADI 84 – Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 15-2-1996; ADI 902 – Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 3-3-1994; ADI 1.587 – Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, j. 19-10-2000; ADI 3.312 – Rel. Min. EROS GRAU, j. 16-11-2006; – e, designadamente, concernindo aos **créditos presumidos**: ADI 2.157 – Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 10-4-2003; ADI 3.664 – Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 1º-6-2001; ADI 3.803 – Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 1º-6-2001; vide ainda a proposta de súmula vinculante do STF nº 69, publicada em 12-4-2012), entendimento esse que superou, na egrégia Corte suprema federal, a orientação anterior que apontava, em quadro símile, mera **crise de legalidade** (cf. ADI 2.155 – Rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 15-2-2001).

Pende de decisão de mérito – já admitida a repercussão geral correspondente – o **RE 628.075** em que ao colendo Supremo Tribunal Federal se propicia o tema do “estorno de créditos por iniciativa unilateral de ente federado” em face de “pretensa concessão de benefício fiscal inválido por outro ente federado” (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 13-10-2011).

Entrementes, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, a partir do REsp 31.714 (Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 3-5-2011), assentou que, havendo conflito fiscal entre diversos Estados da Federação, caiba ao que entenda lesado obter, na Corte suprema federal , “a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado (…) e **não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território**” (o realce gráfico não é do original).

Essa orientação contrapôs-se a julgado anterior da mesma Corte (o AgR no Ag 1.243. 662 – Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 1º-3-2011) e, confirmou-se em seguidas decisões do mesmo egrégio Superior Tribunal de Justiça (RMS

32.453 – Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 7-6-2011; RMS 32.937 – Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 6-12-2011; RMS 26.334 – Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 17-5-2012; AgR no REsp 1.312.486 – Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 6-12-2012), vindo, por fim, afirmar-se com entendimento majoritário da egrégia 1ª Seção da Corte superior, no **RMS 38. 041** (Rel. para o acórdão Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 28-8-2 013 – com um só voto divergente), destacando-se de suas ementas:

> "Somente iniciativas judiciais, mas nunca as apenas administrativas, poderão regular eventuais conflitos de interesses (legítimos) entre os Estados periféricos e os centrais do sistema tributário nacional, de modo a equilibrar as relações econômicas entre eles, em condições reciprocamente aceitáveis."

Essa orientação – sempre ressalvada a expectativa de solução do RE 628.075 no egrégio Supremo Tribunal Federal – parece atender à inconveniência que a Administração pública de dada unidade da Federação possa, por si própria, pôr em xeque a normativa de outra, ainda que só mediante implícito apontamento de sua inconstitucionalidade.

Com efeito, permitir que um Estado, ao aplicar as sanções cominadas no art. 8º da Lei complementar nº 24, de 1975, implicite a invalidade de norma de outro Estado leva não só ao fomento do que se tem denominado "guerra fiscal" – com a empolgação de eventuais retaliações –, mas a influir na mecânica da própria forma federal de Estado, admitindo-se não já um exercício de autonomia estadual, mas um excesso de poder interferente na autonomia de outro Estado (vide, a propósito, MACHADO HORTA, Raul. Direito constitucional. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 382 et sqq.).

Por esse fundamento, meu voto acolhe o recurso.

NOS TERMOS EXPOSTOS, dá-se, pois, provimento à apelação de Nestlé Brasil Ltda. para anular o auto infracional nº 3.123.684-4 emitido pela Fazenda do Estado de São Paulo.

Custas e despesas processuais, em reembolso, pela Fazenda paulista, a quem ainda se inflige o pagamento de honorários advocatícios em favor da autora, assinados – com observância dos critérios inscritos no § 4º e nas alíneas do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil – em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa (R$ 199.544,80 – fl. 43).

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000219-

70.2013.8.26.0627, da Comarca de Teodoro Sampaio, em que é apelante ASSOCIAÇÃO FILANTRÓPICA DE TEODORO SAMPAIO, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE TEODORO SAMPAIO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15154)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente), ALIENDE RIBEIRO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Decreto Municipal determinando a intervenção de hospital regional, com requisição de todos os bens e serviços – Possibilidade – Precedentes – Precariedade dos serviços de saúde prestados pelo único hospital da municipalidade – Auditorias realizadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Diretoria Regional de Saúde que constataram diversas e graves irregularidades contábeis e relacionadas à prestação dos serviços em si – Unidade gerida praticamente somente com recursos públicos – Violação a direito líquido e certo da administradora afastada – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 884/886 e 894 (3º volume), que denegou a segurança impetrada pela Associação Filantrópica de Teodoro Sampaio contra ato do Prefeito do Município de Teodoro Sampaio, com pedido de suspensão dos efeitos do Decreto Municipal nº 2.152/13 (fls. 437/452 – 1º volume), que determinou intervenção em hospital regional administrado pela autora, com requisição do todos os bens e serviços.

Apela a impetrante insistindo que possui direito líquido e certo para atuar como gestora do hospital indicado, sustentando que o Decreto questionado não tem fundamento e/ou motivo justificável, apontando que o ato decorre de perseguição política e está embasado em auditorias ilegais; acrescenta que as contas da Associação "*estavam todas controladas e em dia*", além de indicar violação a normas constitucionais e a incompetência do Prefeito para a prática

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Direito Público

do ato. Pede o provimento do recurso (fls. 898/908 – 4º volume).

Apelo tempestivo, com gratuidade (fls. 485 – 1º volume); contrarrazões às fls. 911/922 (4º volume), com requerimento de condenação do recorrente nas penas de litigância de má-fé em razão da juntada de documentos falsos nos autos.

A Procuradoria Geral de Justiça nada requereu (fls. 950v.).

É o relatório.

A autora é administradora do hospital regional do Município de Teodoro Sampaio e impetrou mandado de segurança questionando o Decreto Municipal nº 2.152/13 (fls. 437/452 – 1º volume), que determinou a intervenção do nosocômio, com requisição de todos os bens e serviços (fls. 02/69).

O ato discutido está embasado em 50 (cinquenta) "considerandos" que indicam a precariedade dos serviços de saúde prestados pelo hospital referido, único na Municipalidade (fls. 438).

Por meio de duas auditorias, realizadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (em autos de inquérito civil) e pela Diretoria Regional de Saúde (em procedimento administrativo), constataram diversas e graves irregularidades contábeis e relacionadas à prestação dos serviços em si (fls. 438/443), o que autoriza a medida adotada pelo chefe do executivo Municipal, diante do iminente risco de fechamento da unidade hospitalar (fls. 444), gerida praticamente somente com recursos públicos (fls. 443).

A intervenção determinada, em princípio, tem respaldo na Constituição Federal (art. 5º, XXV) e visa assegurar direito fundamental previsto na própria Carta Magna (art. 196), com responsabilidade solidária de todos os entes da Federação. Nesse sentido apontam Maria Sylvia Zanella Di Prieto e Edmir Netto de Araújo, respectivamente:

"*A Lei nº 8.080, de 19-9-90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), também tratou expressamente de hipótese de requisição administrativa voltada para a promoção, proteção e recuperação da saúde. O artigo 15 deu competência à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para, em seu âmbito administrativo, requisitar bens e serviços, tanto das pessoas naturais, como de pessoas jurídicas, assegurada justa indenização, quando a medida seja necessária para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situação de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemia*" (*in Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 136).

"*(...) também é possível a requisição recair sobre bens móveis ou serviços, como requisições fundamentadas na Lei Delegada n. 4, de 26-9-1962 e no Decreto-Lei n.2, de 14-1-1996, referentes às requisições de bens ou serviços tidos como essenciais ao abastecimento da população, pela SUNAB. Ou então*

Acesso ao Sumário

leitos de serviços hospitalares (p. ex., ver TJSP, em Ap. ao MS 12.021-0/AP e Apelação Cível 164.560-1), com indenização posterior, além de requisição na vigência do estado de sítio prevista no art. 139, VII, da CF; esta também deve compatibilizar-se com o art. 5º, XXV, da mesma Carta, evitando-se o confisco arbitrário de bens particulares" (in *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1065).

A legalidade da medida também já foi reconhecida por esta Corte: "*(...) Requisição de bens e serviços de santa casa de misericórdia por decreto municipal. Situação de caos administrativo. Legalidade (...)*" – AP nº 0020388-65.2011.8.26.0477, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 03/07/2013).

As considerações constantes do Decreto Municipal foram precedidas de apurações e tem respaldo na documentação juntada com as informações (fls. 535 e seguintes – 2º volume); o questionamento das conclusões das auditorias realizadas demanda dilação probatória, o que não é admitido na via do mandado de segurança, anotando-se que a existência de pendências financeiras foi comprovada por meio de relatório de serviço de proteção ao crédito e certidão do Tabelião de Notas e Protestos local (fls. 551/566).

De outra parte, como bem ressaltado pelo sentenciante:

"***A intervenção não se fez de modo arbitrário, por critérios pessoais da autoridade, mas com fundamento no interesse público na situação caótica enfrentada pelo hospital****, que salta aos olhos pela leitura dos 'considerando' do ato normativo atacado, seguindo os ditames constitucionais e legais, com prazo certo (180 dias), visando a garantir os serviços de atendimento à saúde da população.*

Saliente-se que é dever do Estado garantir a saúde da população (art. 196, da CF) e é justamente do município a competência para prestar serviços de atendimento à população (art. 30, VII, da CF), cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, III, da CF) e gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I, da Lei 8.080/90). *As instituições privadas podem participar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, apenas de forma complementar (art. 199, § 1º, da CF, e art. 24 da Lei 8.080/90), sempre seguindo as condições técnicas e operacionais fixadas pelos gestores do sistema, sobretudo o Município (Portaria nº 1.034/10 do Ministério da Saúde).*

De tal arte, infere-se que o ***ato do prefeito pode não apenas auxiliar no saneamento dos problemas internos do hospital, que enfrenta crises financeiras que acabam refletindo graves prejuízos à saúde pública, como também propiciar ao estabelecimento uma nova estrutura funcional a garantir a continuidade e a qualidade dos serviços públicos***." (fls. 885 – 3º volume, com destaque nosso).

Assim, inexiste violação a normas constitucionais ou mesmo

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

incompetência do Prefeito para a prática do ato, observados o art. 66, da Lei Orgânica do Município de Teodoro Sampaio, *in verbis*:

"*ART. 66 – **Ao Prefeito, como chefe da administração, compete** dar cumprimento às deliberações da Câmara, dirigir, fiscalizar e defender os interesses do Município, bem como **adotar, de acordo com a lei, todas as medidas administrativas de utilidade pública,** sem exceder as verbas orçamentárias*." (com destaque nosso).

Em resumo, considerando as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao direito à saúde e a situação fática apresentada, não se mostra, de plano, abusiva ou ilegal a medida tomada pelo Chefe do Poder Executivo.

Afastada violação a direito líquido e certo da impetrante (administradora), não é reconhecida a litigância de má-fé alegada em contrarrazões, uma vez que a falsidade documental invocada (em especial fls. 912/913 – 4º volume) também depende de comprovação, ausente apuração específica nestes autos.

Anoto, ainda, que as alegações de responsabilidade do Município pela situação ocorrida não está demonstrada, nem se mostra possível tal prova nestes autos.

Além disso, as condições em que se opera a intervenção não são objeto da presente impetração, que analisa tão somente se foi violado direito líquido e certo da impetrante, o que não ocorreu.

Por conseguinte, a r. sentença de fls. 884/886 e 894 (3º volume) deve ser integralmente mantida.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000095-94.2005.8.26.0118, da Comarca de Cananéia, em que é apelante ELISEU CORRADINI NETO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20344)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 22 de julho de 2014.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEL ERGUIDO NO PARQUE ESTADUAL DA ILHA DO CARDOSO. Inocorrência de cerceamento de defesa ou julgamento *citra petita*. Construção irregular que ocorreu após a criação do Parque Estadual. Situação que enseja a procedência da ação. Responsabilidade dos apelantes configurada. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face de **ELISEU CORRADINI NETO e ALEXADRINA CORRADINI**, alegando, em síntese, que os requeridos possuem uma residência situada na Comunidade do Marujá, totalmente inserida na Unidade de Conservação Estadual denominada Parque Estadual da Ilha do Cardoso, sem autorização dos órgãos ambientais competentes. Afirma que a edificação foi construída após a implantação do Parque Estadual e que os requeridos não se inserem em nenhuma das circunstâncias que admitem residir no local, pois se cuidam de "veranista". Em razão dos danos ambientais cometidos, pleiteia o autor a condenação dos réus a apresentar projeto de recuperação da área degradada, incluindo a demolição da construção, a remoção de entulho e o replantio de mudas de espécies nativas de Mata Atlântica, em caráter heterogêneo, bem assim que se abstenham de efetuar qualquer desmatamento, reforma, construção, ou qualquer outra forma de intervenção negativa no local, além do pagamento de indenização quantificada em perícia correspondente aos danos ambientais que se mostrarem absolutamente irrecuperáveis.

A r. sentença de fls. 481/489 julgou procedente o pedido, condenando os requeridos a apresentar, no prazo de 60 dias, projeto de recuperação da área degradada e a se absterem de efetuar, no local, desmatamento, reforma, construção ou plantio de culturas exóticas, sob pena de multa, além de indenização pelos danos ambientais causados na área, em valor a ser apurado em sede liquidação de sentença.

Inconformados, recorrem os réus às fls. 493/509, aduzindo em preliminar cerceamento de defesa e julgamento *citra petita*; no mérito, pugnam a inversão do julgado.

Recurso recebido (fls. 511) e respondido (fls. 513/521). O Procurador de Justiça manifestou-se pelo não provimento ao recurso (fls. 526/536).

Os autos foram redistribuídos a esta Relatora em 21 de fevereiro de 2014, na forma da Resolução 639/2014 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

e Portaria nº 02/2014 da Presidência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Afastam-se as preliminares.

A presente ação comportava julgamento antecipado, com o conhecimento direto do pedido, já que a questão debatida versa apenas matéria de direito, não necessitando de realização de prova pericial, pois existentes nos autos todos os elementos necessários ao deslinde da pendência. A antecipação é legítima porquanto os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do juízo.

A prova pericial produzida abordou e abrangeu todas as questões relevantes para o julgamento dos pedidos. Observa-se inclusive que a decisão de fls. 378 determinou ao perito que complementasse o laudo judicial, conforme requerido pelos ora apelantes.

Após os esclarecimentos prestados pelo perito, os apelantes foram devidamente intimados para se manifestarem.

Todos os esclarecimentos pleiteados pelos apelantes, ainda que desnecessários, foram devidamente prestados pelo perito nomeado, ressaltando-se ademais que as provas trazidas junto com a inicial eram suficientemente claras para permitir o julgamento da demanda.

Também, não houve julgamento *citra petita*. O magistrado decide a lide consoante as provas trazidas aos autos, formando seu convencimento, devendo fundamentar os motivos de sua convicção, o que foi feito. Não cabe ao juiz rebater tese por tese quando a adoção de uma delas, logicamente, rechaça a outra.

No mérito, a r. sentença bem apreciou a controvérsia.

Consta dos autos que os requeridos possuem propriedade inserida no Parque Estadual da Ilha do Cardoso, instituído pelo Decreto Estadual nº 40.316/1962.

Os documentos de fls. 113 e 206 esclarecem que os apelados adquiram a posse do imóvel em 23.5.1985. Observa-se que sobre a área estava construída uma casa com dois quartos, sala, cozinha, banheiro e varanda.

O laudo pericial descreveu que no interior da área encontram-se as seguintes edificações: casa principal, lavanderia e edícula. O restante da área é ocupada por vegetação rasteira de gramínea, roçada nas proximidades da casa.

Na vistoria realizada, o perito ouviu os antigos moradores da região, apurando que a construção do imóvel deu-se após a criação do parque, ou seja, a casa foi construída após o ano de 1980; já a lavanderia e a edícula foram erguidas após o ano de 1985.

Acesso ao Sumário

Cabia aos apelados provar que as construções são anteriores a 1962, o que não ocorreu. Já o autor provou que são posteriores à criação do Parque Estadual.

Em suma, no caso vertente, restou cabalmente demonstrado que a construção no imóvel deu-se após a criação do parque. A prova pericial delimitou a propriedade e constatou a existência de construções no local, além do dano ambiental. Não bastasse isso, os documentos trazidos aos autos esclarecem a aquisição da propriedade pelos apelantes ocorreu após a instituição do parque.

Imperioso anotar que, embora as construções irregulares foram erguidas por terceiro, em se tratando de direito ambiental, as obrigações daí decorrentes trazem clara natureza *propter rem* (em razão da coisa), isto é, aderem ao titular do direito real e acompanham os novos proprietários e possuidores *ad infinitum*, independentemente de sua manifestação de vontade, expressa ou tácita.

Assim, era mesmo o caso de procedência da ação, nos termos da sentença combatida.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027141-49.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MANOEL SEVERINO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.435)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEL FERRAZ (Presidente sem voto), RICARDO GRACCHO e ALBERTO GENTIL.

São Paulo, 25 de março de 2014.

ANTONIO MOLITERNO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – REVISIONAL DE BENEFÍCIO – DECADÊNCIA – CONFIGURAÇÃO – Tendo em vista o disposto no art. 103, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei nº 9.528/97 operou-se a decadência do direito de rever o benefício. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação revisional de benefício acidentário movida por Manoel Severino da Silva contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sustentando que o trabalhador recebe auxílio-suplementar de 20%, quando então vigente a Lei nº 6.367/76. Em 28 de abril de 1995, a Lei nº 9.032/95 elevou o percentual do auxílio-acidente para 50% do salário-de-benefício. Aduz que sobrevindo lei nova mais vantajosa ao obreiro, deve ser aplicada, dado o caráter público das normas acidentárias, seu fim social e protetivo, mesmo com sinistro ocorrido sob a égide de lei anterior. Postula o integral acolhimento da pretensão, com incidência dos sectários legais sobre os atrasados.

A r. sentença de fls. 42/44, de 22 de agosto de 2011, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação revisional, deixando de condenar o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.213/91.

Recorre o autor (fls. 57/69), postula a reforma do julgado, eis que é possível a majoração do benefício.

O prazo para apresentação de contrarrazões transcorreu “in albis”.

A Procuradoria-Geral de Justiça não se manifestou por força do Ato Normativo 354-PGJ-CGMP-CPJ e Ato Normativo 01/2006 da E. Presidência da Seção de Direito Público.

No essencial, eis o relatório.

Primeiramente, anoto a alteração da competência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento das ações previdenciárias e acidentárias, que antes era da Colenda Terceira Seção e, atualmente, passou a ser da Primeira Seção (REsp nº 1.158.893-SP).

Assim, adoto o novo entendimento da Colenda Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, no REsp nº 1.303.988-PR, passou a admitir a decadência nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

*"(...) Ocorre que as Turmas que compõem a 3ª Seção, competentes para julgar a matéria até o advento da Emenda Regimental 14, de 05 de dezembro de 2011, firmaram orientação 'no sentido de que o prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91, com a alteração trazida pela MP 1.523/97, que resultou na Lei nº 9.528/97, não atinge as relações jurídicas constituídas anteriormente.' (AgRg no Ag 1361946/PR, 6ª T., Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28/09/2011), as quais, portanto, continuariam, mesmo depois da nova norma, imunes a qualquer prazo decadencial, podendo ser revisadas a qualquer tempo. Todavia, não há como dar guarida a esse entendimento, que é incompatível com a orientação da Corte Especial sobre a questão de direito intertemporal em casos semelhantes. Veja-se. 3. Conforme se depreende da resenha histórica acima desenvolvida, a instituição de prazo decadencial para a revisão de benefício previdenciário, prevista no art. 103 da Lei 8.213/91 (redação atual da Lei 10.839/04), é absolutamente idêntica a do art. 54 da Lei 9.784/99, que instituiu o prazo de decadência de cinco anos para a Administração rever seus atos. Nos dois casos, não havia, antes das respectivas leis instituidoras, prazo algum de decadência; depois, passou a haver, num caso de 10 anos, no outro, de 05 anos. Nos dois casos, a pergunta que centralizou o cerne da controvérsia é a mesma, a saber: o prazo de decadência, fixado pela Lei nova, se aplica à revisão de atos da Administração praticados em data anterior à sua vigência? Pois bem, no julgamento do MS 9.112/DF (Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005), a Corte Especial, ao apreciar o tema pela primeira vez, a propósito do art. 54 da Lei 9.784/99, assentou o entendimento de que a lei nova se aplica, sim, a atos anteriores, mas, relativamente a eles, o prazo decadencial conta-se a partir de sua vigência (e não da data do ato, porque, aí sim, haveria aplicação retroativa). (...) **O entendimento da Corte Especial (que, ademais, foi adotado também pelos demais órgãos fracionários do STJ) deve ser mantido e, pelos seus próprios fundamentos, adotado na situação agora em exame**. Ninguém questiona que seria incompatível com a Constituição, por ofensa ao seu art. 5º, XXXVI, atribuir efeito retroativo a normas que fixam prazo decadencial. Também nesse domínio jurídico não se pode conferir eficácia atual a fato ocorrido no passado. No que se refere especificamente a prazos decadenciais (ou seja, prazos para exercício do direito, sob pena de caducidade), admitir-se a aplicação do novo regime normativo sobre período de tempo já passado significaria, na prática, permitir que o legislador eliminasse, com efeito retroativo, a possibilidade de exercício do direito. Ora, eliminar, com eficácia retroativa, a possibilidade de exercício do direito é o mesmo que eliminar o próprio direito. Todavia, **isso não significa que o legislador esteja impedido de modificar o sistema normativo em relação ao futuro, até porque, conforme de comum sabença, não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico**. (...) Portanto, a solução para o problema de direito intertemporal aqui posto só*

Acesso ao Sumário

pode ser aquela dada pela Corte Especial na situação análoga: relativamente aos benefícios previdenciários anteriores à nova lei, o prazo decadencial para sua revisão tem como termo inicial o da vigência da superveniente norma, que o estabeleceu. Esse modo de enfrentar a questão de direito intertemporal em situações da espécie é chancelado por abalizada doutrina. É o caso, por exemplo, de Galeno Lacerda, a propósito da redução do prazo decadencial da ação rescisória operada pelo CPC/73 (Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp. 100-101) e de Câmara Leal, em seu clássico Da Prescrição e Da Decadência (Forense, 1978, p. 90). É nesse sentido também a orientação que se colhe de já antiga jurisprudência do STF. (...) ***Portanto, seguindo a orientação adotada pela Corte Especial em situação análoga, é de concluir que, em relação aos benefícios previdenciários anteriores a MP 1.523-9/1997, o prazo decadencial para o pedido de revisão, de dez anos, teve início na data de vigência dessa Medida Provisória, ou seja, 28/06/1997***.”(sem grifos e destaques no original).

No mesmo sentido:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL. *1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”. 2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim,* ***relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga*** *(v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Fischer, DL 28/08/06).* ***Precedente específico da 1ª Seção****: REsp 1.303.988/PE, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.03.2012. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. STJ – AgRg no REsp 1309038/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012.* (sem grifos e destaques no

Acesso ao Sumário

original).

Passando ao caso concreto, aqui, o autor busca a revisão do benefício, que desfruta desde 15/06/1990 (fls. 35), para que seja majorado para o valor de 50%.

O benefício foi posto em manutenção anteriormente a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.523-9/1997 (28/6/1997), que deu nova redação ao art. 103 da Lei nº 8.213/91.

Levando-se em consideração que o prazo decadencial começa a correr na data da entrada em vigor da Medida Provisória, para os benefícios que foram postos em manutenção antes desta data, não há como apreciar um pedido revisional formulado em 28/07/2011, em razão da decadência.

Sendo matéria de ordem pública, a decadência deve ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo. Desfecho este que se impõe ao presente caso, mantendo-se a improcedência do pedido, mas por razões distintas das oferecidas na r. sentença.

Em face desse contexto, de rigor a improcedência da ação.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9101699-66.2009.8.26.0000, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DE COMBATE AOS POPs – ACPO, são apelados PETROBRAS PETRÓLEO BRASILEIRO S/A e TRANSPETRO PETROBRAS TRANSPORTES S/A.

ACORDAM, em 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Erick Silva Barbosa Almeida.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4209)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), MARIA LAURA TAVARES e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE ATIVA. 1. Carência de Ação. Ilegitimidade Ativa

de Associação em Ação Civil Pública Ambiental. Ocorrência. Pedido principal de concessão de plano de saúde à população supostamente contaminada com derivados de petróleo. Associação que não possui Legitimidade extraordinária para pleitear direito individual homogêneo de não associados. 2. Danos morais coletivos amparados em pretensão de natureza individual homogênea. Inadmissibilidade. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de ação civil pública (nº 9101699-66.2009.8.26.0000), interpostos contra r. sentença de fls. 373/376, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de São Sebastião, que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, sem incidência de custas, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

A apelante interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, o preenchimento dos requisitos da legitimidade ativa, e a natureza difusa e coletiva da tutela jurisdicional pretendida (fls. 373/376).

Não foram apresentadas contrarrazões.

A Procuradoria de Justiça do Ministério Público apresentou manifestação (fls. 397/401).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

De fato, conclui-se a ausência da legitimação extraordinária à apelante, associação que possui dentre as suas diversas finalidades, a promoção e defesa do meio ambiente, para a defesa dos direitos individuais homogêneos, consubstanciada na obtenção de planos de saúde à população de local, supostamente, contaminado por derivados de óleo combustível.

Em que pese o microssistema de tutela coletiva formado pelas Leis nºs 4.717/65, 7.347/85 e 8.078/90, prever a legitimidade das associações à propositura das ações coletivas, certo é que para a tutela de interesses individuais homogêneos é necessária a devida representação processual, tratando-se de legitimação extraordinária de interesses individuais tratados de forma coletiva.

Neste passo, em escorreita análise realizada pelo MM. Juízo *a quo*, inexiste a representatividade da apelante a tutelar os direitos individuais homogêneos da população supostamente contaminada no bairro do Itatinga em São Sebastião, uma vez que não são associados e sequer são conhecidos pela apelante.

Acesso ao Sumário

Assim, inegável a ocorrência de ilegitimidade ativa da apelante, que pleiteia direito individual homogêneo sem a devida representação das pessoas atingidas pela contaminação, e, portanto, atuando em substituição processual sem o devido amparo legal.

Importante observar que a associação não detém legitimidade universal para atuar na defesa dos direitos individuais homogêneos de pessoas que não são seus associados, legitimidade reservada aos entes públicos e ao Ministério Público.

No mesmo sentido, não há que se falar em presença de direitos difusos ou coletivos a suprir a ausência de condição de ação por ilegitimidade de parte, uma vez que os demais pedidos na inicial são formulados, unicamente, como meio de viabilizar e em decorrência do pleito principal.

O pedido formulado para divulgação, publicação de informação e cadastramento da população tem por objetivo a identificação das pessoas atingidas pela contaminação, a fim de viabilizar o tratamento médico pretendido com a concessão de planos de saúde ou exames, bem como o pedido de indenização de danos morais lastreia-se, unicamente, nos danos experimentados pelas mesmas pessoas a que se busca identificar.

Importante ressaltar que este E. Tribunal de Justiça vem assim se posicionando:

> Ação civil pública proposta por associação constituída com objetivos sociais amplíssimos, de defesa do consumidor e da cidadania. Ação proposta visando à revisão de cláusulas de contrato padrão de uma determinada incorporação imobiliária, cujos aderentes não são associados da autora. Interesses individuais, embora homogêneos, não difusos. "Inexiste previsão de substituição processual extraordinária para que associações de defesa do consumidor ajuízem, em nome próprio, ação de cunho coletivo para defesa de interesses particulares" (STJ, Ministro JOÃO OTÁVIO). Decisão apelada, de indeferimento da inicial, confirmada por manifesta ilegitimidade de parte ativa (CPC, art. 295, II). Apelação desprovida. (Apelação n° 1010544-70.2013.8.26.0100, São Paulo, Des. Rel. Cesar Ciampolini, 10ª Câmara de Direito Privado, J. 25.02.2014).

> Prestação de serviços. Fornecimento de água e coleta de esgoto. Ação civil pública com pleito cumulado de restituição de quantias pagas. Demanda de associação privada de usuários em face de concessionária de serviço público. Impugnação quanto à classificação de imóveis em apenas uma economia – Pretensão de resguardo dos interesses de número indefinido de consumidores do Estado de São Paulo – Sentença que reconheceu a ilegitimidade ativa 'ad causam', indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, fulcro no art. 267, VI, do CPC. Manutenção. Necessidade. Instituição autora

Acesso ao Sumário

constituída para defender interesses exclusivos de seus associados. Impossibilidade legal de substituir, em Juízo, a toda a coletividade do Estado. Inteligência do art. 6º, do CPC. Entidade que, ademais, não supre ao requisito ligado à existência mínima de um ano, exigido por lei. Aplicabilidade do art. 82, *caput*, do CDC, e art. 5º, § 4º, da Lei n. 7.347/85 (Ação Civil Pública). Apelo da autora desprovido. (Apelação n° 0001010-22.2013.8.26.0100, Des. Rel. Marcos Ramos, 30ª Câmara de Direito Privado, J. 22.01.2014).

Cumpre ainda ressaltar que a ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo apresenta-se como instrumento processual a facilitar a obtenção da tutela jurisdicional, agrupando interesses que individualmente não seriam levados à apreciação judicial, ou mesmo propiciando a defesa de interesses de grupos hipossuficientes.

Neste aspecto, não se justifica a utilização da ação coletiva, diante da indeterminação dos indivíduos e extensão dos danos, supostamente, experimentados, não haveria eficácia na utilização do procedimento coletivo, e como bem salientado pelo MM. Juízo *a quo*, transmudando-se em ação multitudinária.

Sendo assim, a r. sentença não comporta reforma, devendo ser integralmente mantida por seus jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021562-37.2009.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado NILSON JORGE SIMÃO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Dr. Dimas Siloe Tafelli.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21509)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS e PAULO AYROSA.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA. Termo de responsabilidade de preservação ambiental. Imóvel

localizado em área urbana. Desnecessidade da instituição de reserva legal. Obrigação restrita a imóveis rurais (Leis nº 4771/65 e 12.651/2012). Vício de consentimento do apelado na assinatura do termo. Sentença de procedência da demanda mantida.

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 578/580), relatório adotado, que julgou procedentes os pedidos formulados em ação anulatória de termo de responsabilidade de preservação de reserva legal ajuizada por NILSON JORGE SIMÃO.

Sustenta, em síntese, a legalidade do termo de responsabilidade assinado pelo apelado, ante a inexistência de vício de consentimento. Alega que a medida postulada na inicial tem o condão de provocar danos ambientais. Pede o provimento do recurso e o decreto de improcedência da demanda (fls. 591/626).

Recurso recebido e respondido (fls. 633/645).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 654/658).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação anulatória de Termo de Responsabilidade de Preservação de Reserva Legal ajuizada por proprietário de imóvel contra o Estado de São Paulo.

Segundo consta, o autor, pretendendo construir prédio comercial em seu imóvel urbano localizado na Avenida Inácio Conceição Vieira, s/n, na cidade de Bauru, viu-se obrigado a assinar termo de responsabilidade de preservação de reserva legal (nº 14/2004 – fl. 35), com averbação na matrícula, de forma a dispor de parte do bem para preservar a vegetação.

Uma vez que fora forçado a assinar o termo para poder construir, alega ter ocorrido vício de consentimento; além disso, sustenta que o termo baseou-se em legislação inaplicável ao caso, já que o imóvel encontra-se em área urbana.

Após regular processamento, a demanda foi julgada procedente.

Tanto o precedente Código Florestal (Lei nº 4.771/65), em seu artigo 1º, § 2º, inciso III, quanto o atual (Lei nº 12.651/12), no artigo 3º, inciso III, estabeleceram a obrigatoriedade de demarcação e averbação de reserva florestal legal **exclusivamente aos imóveis rurais**.

Na hipótese, como a área em questão está localizada em perímetro urbano, de fato não havia razões para se impor referida obrigação legal ao apelado.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, inúmeros precedentes desta Corte: AI 0163198-05.2012.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 29.11.2012; AI 0233535-53.2011.8.26.0000, Rel. Des. Eduardo Braga, j. 19.04.2012; AP 745.837-5/0-00, Rel. Cristina Capistrano, j. 31.07.2008; e AP 463.088-5/6-00, Rel. Des. Aguilar Cortez, j. 27.03.2008.

Ademais, as circunstâncias do caso realmente evidenciam o vício do consentimento do recorrido ao assinar o Termo de Responsabilidade impugnado. Como bem salientou o e. Procurador de Justiça, "*(...) se sua intenção era construir e precisava suprimir vegetação, qual o sentido de por livre e espontânea vontade limitar a área impondo reserva legal? Houve manifestação de vontade, mas esta foi com vício, ou por dolo ou por lesão. (...) Se para edificar em área urbana o autor foi obrigado a firmar compromisso destinando área legal sem qualquer necessidade, evidente que o consentimento ocorreu em virtude de exigência indevida. Se foi prometida compensação, houve dolo, se nada foi prometido, lesão, eis que desproporcional a reserva estipulada. Bem por isso falaciosa a argumentação da apelante no sentido de que o não cumprimento do acordo provocará dano ambiental. Se sequer dever do apelado havia em instituir área de preservação, não há que se falar em dano algum. (...) Qualquer que seja o vício do consentimento, a consequência é a anulação do negócio jurídico e nestes autos ficou claro que o autor não quis instituir área de reserva legal*" (fl. 657/658).

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, o caso era mesmo de procedência da demanda, com a declaração da ineficácia do Termo de Responsabilidade de Preservação de Reserva Legal assinado pelo autor e a consequente autorização de supressão parcial ou total da vegetação descrita na inicial.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0162981-98.2008.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelada SIRLEI GOMES GROSSO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 22365)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente) e MARREY UINT.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Professor de matemática da educação básica – Evolução funcional pela modalidade não acadêmica – Apresentação de certificado de especialização em "educação especial" – Curso que, apesar de não ter relação direta com a disciplina lecionada, implica aprofundamento e enriquecimento curricular por aspectos teórico-metodológicos, o que aperfeiçoa a atuação docente em época de ações inclusivas e afirmativas – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Apelação do ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 67/ss) contra r. sentença (fls. 54/ss) proferida em mandado de segurança impetrado por SIRLEI GOMES GROSSO contra ato atribuído a DIRIGENTE REGIONAL DE ENSINO DE LIMEIRA, pela qual a impetrante, professora de matemática, pretende, segundo a inicial, que haja sua evolução funcional pela modalidade não acadêmica (Lei Complementar 836/97, art. 19, I, regulado pelo Decreto 49.394/2005 e Res. SE 21/2005), haja vista ter apresentado certificado de especialização em educação especial, o que foi indeferido pela autoridade coatora, ao fundamento de que tal curso está fora da sua área de atuação. Esclareceu a impetrante que, atualmente, alunos em condições especiais ficam juntos com os que não o são, motivo pelo qual tal certificado pode ser aceito, sob pena de violação a direito líquido e certo.

2. A r. sentença, do MMº Juiz Flávio Dassi Vianna, julgou procedente a pretendida segurança. Fundamentou o d. juiz *a quo*, após análise da legislação acima mencionada, que o curso de educação especial pode ser incluído na área curricular de matemática, pois tem por escopo aprofundar e enriquecer a formação do professor na metodologia de ensino.

3. No apelo sustenta-se: a ausência de violação a direito líquido e certo, pois a negativa de evolução funcional tem amparo legal e regulamentar, na medida em que o curso apresentado pela impetrante nada tem a ver com matemática. Logo, deve ser reformada a r. sentença com vistas à denegação da segurança.

Acesso ao Sumário

4. Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 78/ss).

É o relatório.

5. Improcede o recurso.

Na r. sentença foi copiada a legislação que rege a questão acima relatada.

Com efeito, depreende-se da Lei Complementar Estadual 836/97, art. 19, I, a previsão de evolução funcional de professor pela via não acadêmica, mediante a comprovação de estágios e cursos relacionados ao campo de atuação do professor (art. 21, § 3º) que, no caso, é de matemática.

Para regulamentar tais dispositivos legais, adveio o Decreto 49.394/2005, do qual se depreende que as ações do professor, com vista a mencionada evolução acadêmica, tem a ver com o seu campo de atuação específica da área curricular (arts. 2º e 3º, I, "b").

Por sua vez, o Paragrafo Único do art. 3º do aludido Decreto deixa claro que tais cursos podem estar relacionados a linguagem, códigos, ciências humanas, temas de aprofundamento e enriquecimento curricular por aspectos teórico-metodológicos, o que, inegavelmente, tem por escopo uma melhor gestão escolar.

No caso dos autos, apesar de a impetrante ser professora de matemática, nada impede que, dado o teor da legislação acima destacada, o certificado de especialização em "educação especial" sirva de base à pretendida evolução funcional pela modalidade não acadêmica.

Não se nega que uma especialização em educação especial não tem pertinência direta com a disciplina de matemática. Porém, não é de hoje que o Poder Público vem atuando no sentido de uma educação inclusiva, o que reforça a possibilidade de numa sala de alunos comuns haja um ou outro que ostente condições especiais, de modo que a falta de pertinência direta não impediria a concessão da segurança.

A propósito:

Em 2003, é implantado pelo MEC o Programa Educação Inclusiva, promovendo um amplo processo de formação de gestores e educadores nos municípios brasileiros para a garantia do direito de acesso de todos à escolarização, à oferta do atendimento educacional especializado e à garantia da acessibilidade. (BRASIL, 2007) (http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCBS/Pos-graduacao/Docs/Cadernos/Volume_11/Kaufmann-Sacchetto_et_al_v_11_n_1_2011artigo_1.pdf).

Acesso ao Sumário

Pelo exposto e mais seus judiciosos fica mantida a r. sentença, pois apesar de a especialização em "educação especial" não ter relação direta com a disciplina lecionada pela impetrante (matemática), implica aprofundamento e

enriquecimento curricular por aspectos teórico-metodológicos, o que aperfeiçoa a atuação do docente.

Pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0066738-75.2007.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado FERNANDO VIVEIROS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13037)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Ação de obrigação de fazer c/c tutela antecipada. Realização de cirurgia de redesignação sexual. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação. Réus FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e UNICAMP. Repelida a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Improcedência em relação à UNICAMP. Procedência em relação à FESP. Sentença que deve ser mantida visto que resguarda o direito à saúde do autor e o princípio da dignidade da pessoa humana. Alegação de objeções de cunho orçamentário. Não cabimento. Ingerência de Poderes. Não ocorrência. Recurso a que se nega seguimento, bem como ao reexame necessário, para condenar a Fazenda Pública do Estado a prestar ao autor todo o procedimento médico, terapêutico, de acompanhamento psicológico, endocrinológico e cirúrgico necessário à realização de sua transgenitalização, obedecidos os parâmetros

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

e diretrizes fixados pelo Ministério da Saúde e pelas Resoluções do Conselho Federal e Regional de Medicina, com a preparação prévia indispensável, ali prevista, no centro de referência adequado, em São Paulo o HCFMUSP, ou outro, se supervenientemente capacitado e assim indicar a Fazenda Pública.

Jurisprudência - Direito Público

VOTO

I. RELATÓRIO

FERNANDO VIVEIROS ingressou com a ação de obrigação de fazer com pedido de liminar em face da **UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP** e da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. O autor aduz sofrer de **Transtorno de Identidade de Gênero**, comumente chamado de transexualismo, e realiza tratamento psiquiátrico na UNICAMP. Em 2005 realizou a cirurgia de prótese mamária e por problemas de infecção uma das próteses teve que ser subtraída. Pede na ação a realização da cirurgia de transgenitalização e a colocação de nova prótese mamária pela UNICAMP. Juntou documentos, dentre os quais impende destacar os relatórios médicos de fls. 17/18. Justificou a investidura perante o Judiciário por não possuir condições de arcar com o alto custo do tratamento, dada sua parca condição financeira. O benefício da justiça gratuita foi deferido à fls. 25. Ao final, a ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 266/271), condenando a **Fazenda do Estado de São Paulo** a prestar ao autor todo o procedimento médico, terapêutico, de acompanhamento psicológico, endocrinológico e cirúrgico necessário à realização de sua transgenitalização, obedecidos os parâmetros e diretrizes fixados pelo Ministério da Saúde e pelas Resoluções do Conselho Federal e Regional de Medicina.

A **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** apela (fls. 278/288), pleiteando a reforma da sentença, aduzindo, em síntese: **(i)** preliminarmente, que houve cerceamento do contraditório e da ampla defesa, já que não foram produzidas as provas requeridas pela apelante; **(ii)** a falta de previsão no orçamento público para os gastos com esse tratamento; **(iii)** a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo, ferindo o princípio da separação de poderes; **(iv)** a prevalência do direito coletivo face o individual; **(v)** por último, a reforma da condenação aos honorários advocatícios, visto que excessivos. Recebido o recurso sob os seus regulares efeitos às fls. 289. Apresentada as contrarrazões às fls. 292/298. **É o relatório.**

Acesso ao Sumário

II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Desde já, nego seguimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário, mantida a excelente sentença do MM. Juiz de 1ª instância, Eduardo

Bigolin.

2. Preliminarmente, deve ser repelida a alegação de nulidade absoluta da r. sentença por cerceamento de defesa, no momento em que exarada consoante a previsão contida no artigo 330, inciso I, do CPC, ausente a apreciação de prova pericial. De fato. A Fazenda Pública requereu perícia para aferir se o caso da cirurgia (fls. 265).

2.1. Entendo que o artigo 330, inciso I, confere faculdade ao magistrado para que julgue o feito antecipadamente uma vez que esteja convencido de que os elementos já presentes nos autos sejam plenamente suficientes para que forme seu juízo acerca da contenda. Parece-nos que, na hipótese, considerando as peculiaridades do presente feito, bem agiu o ilustre magistrado de primeiro grau, sem desobediência aos ditames de nosso ordenamento processual, haja vista que, da documentação apresentada pela autora, em especial o relatório médico de fls. 17/18, lavrado por profissionais da área, plausível concluir-se pela necessidade do demandante na realização do procedimento médico, tornando-se prescindível, dessa forma, a realização de instrução probatória, seja pericial ou de outra natureza, descabido, portanto, o pleito de anulação do julgado.

3. Quanto ao mérito, o autor propôs a presente ação de obrigação de fazer com o intuito de realizar a cirurgia de redesignação sexual e a colocação de nova prótese mamária. Aduz realizar tratamento psiquiátrico na UNICAMP e apresenta dois laudos médicos, um da UNICAMP e outro da Secretaria Municipal de Saúde de Jundiaí, assinados por médicos distintos, cujo número de registro na entidade de classe se encontra presente (CRM 29037 – fls. 17 e CRM 39535 – fls. 18). Ambos os relatórios constatam o diagnóstico de **transexualismo** e apontam para a realização da cirurgia.

3.1 Além disso, **laudo psicológico** atesta não existir impedimento para a realização da cirurgia de mudança de sexo (fls. 19/20). A UNICAMP juntou aos autos cópia do prontuário do autor, que novamente atesta ser caso de transexualismo. O começo do tratamento na UNICAMP se deu no ano de 1998: em fevereiro de 1999 a fls. 81 teve início a reposição hormonal; em novembro de 1999 foi realizada a cirurgia para a retirada do pomo de adão sem intercorrências (fls. 98 – verso); em 2001 submeteu-se à colocação de prótese mamária (fls. 110 – verso), entretanto, em 2005, devido a infecção, retirou a prótese da mama direita (fls. 170).

4. Hoje conceitua-se o transexualismo como doença, classificada no **Código Internacional de Doenças CID 10 – F 64.0**, na categoria transtornos da identidade sexual. Segundo conceito da Associação Paulista de Medicina, transexual é o indivíduo com identificação psicossexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los.[1]

1 Maria Helena Diniz, Transexual, in Dicionário Jurídico, São Paulo, Saraiva, 1998, v. 4, p. 604.

Acesso ao Sumário

4.1 Existe o conceito de transexualismo secundário, que é transitório e traduz apenas um transexualismo episódico e fortuito.[2] Assim, para Luiz Alberto David Araújo, o transexualismo:

> 'Deve apresentar traço de definitividade, o que será analisado durante um período de um ou dois anos. O transexual secundário não pode, portanto, ser visto como passível de operação de redesignação de sexo, pois lhe falta o traço de definitividade.'[3]

4.2 Nota-se, que no caso trata-se de transexualismo, já que o autor está em tratamento médico **desde 1998**, demonstrando que não se trata de um episódio fortuito, passível, portanto, de cirurgia de redesignação de sexo conforme os laudos médicos (fls. 17/18).

5. No Brasil, tal cirurgia no SUS – Sistema Único de Saúde decorre da Portaria nº 1.707/MS, do Ministro da Saúde, de 18 de agosto de 2008 que adotou os paradigmas da Resolução nº 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina, que posteriormente editou a Resolução nº 1.652/02. Esta assim prevê:

> '**Art. 1º** Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.
>
> **Art. 3º** Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
>
> 1. Desconforto com o sexo anatômico natural;
>
> 2. Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
>
> 3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, **dois anos**;
>
> 4. Ausência de outros transtornos mentais.
>
> **Art. 4º** Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por **médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social**, obedecendo os critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:
>
> 1. Diagnóstico médico de transgenitalismo;
>
> 2. Maior de 21 (vinte e um) anos;
>
> 3. Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.
>
> **Art. 5º** Que as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino só poderão ser praticadas em **hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa**.'

5.1 Como se disse, em agosto de 2008 o Ministério da Saúde editou

Acesso ao Sumário

2 Maria Helena Diniz, Transexualismo Secundário, in Dicionário Jurídico, cit., v. 4, p. 605.

3 Araújo, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual, São Paulo, 2000, p. 34.

a Portaria nº 1.707, que instituiu no âmbito do **Sistema Único de Saúde** o processo transexualizador, a ser implantado em todo o país, desde que satisfaça as exigências da Resolução nº 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina, citada acima.

5.2 Em seguida, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 457 de 19 de agosto de 2008, que **regulamentou** o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde, disciplinando sobre o credenciamento de hospitais para a realização do procedimento. Há no Brasil somente quatro hospitais credenciados e especializados em cirurgia de mudança de sexo no Sistema Único de Saúde, que estão nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Goiás. Em São Paulo, apenas o **Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – HCFMUSP.** Importante salientar que quando o autor propôs a presente ação, em outubro de 2007 (fls. 10), esse procedimento ainda não era realizado **pelo SUS**.

6. Convém mencionar que o pedido do autor encontra guarida nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, previstos no art. 5º da Constituição Federal.

6.1 O autor busca a construção e o desenvolvimento de sua personalidade e o reconhecimento perante a sociedade da sua identidade sexual. A construção de sua dignidade está atrelada a isso, não podendo o Estado abster-se de conceder o tratamento médico necessário, visto que afrontaria os princípios constitucionais mencionados acima como também a proteção à saúde (art. 196, da CF).

6.2 Dessa mesma forma já decidiu esse tribunal:

> ‘APELAÇÃO – Transexualismo – Acompanhamento médico e psicológico para posterior realização de cirurgia de redesignação sexual. 1. Carência de ação – Inocorrência – Autor que demonstrou a necessidade da ação para satisfazer sua pretensão. 2. Tutela constitucional do direito à vida (artigos 5º, *caput* e 196 da Constituição Federal) – Dever de prestar atendimento integral à saúde – Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes não configurada – Mecanismo de garantia do efetivo exercício do direito. 3. Honorários advocatícios – Descabimento – Autor patrocinado pela Defensoria Pública – Confusão entre credor e devedor verificada. Custas processuais – Condenação – Inadmissibilidade – Isenção – Inteligência do artigo 6º, da Lei nº 11.608/03 – Reexame necessário parcialmente provido.’ (Apelação 0004478-83.2012.8.26.0114, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Cristina Cotrofe, j. 09.04.2014).

6.3 Assim, com o fim de preservar o direito à saúde do autor, tanto física quanto psíquica, e consequentemente, assegurar o direito à dignidade, a cirurgia de redesignação sexual e a colocação de nova prótese mamária deverão ser

Acesso ao Sumário

fornecidas pelo Estado, com base nos parâmetros das Resoluções do Conselho Federal de Medicina e das Portarias do Ministério da Saúde.

7. O Poder Público tem, de fato, a obrigação de fornecer tratamento médico a pessoas que não podem adquiri-los, evidentemente. Nesse sentido o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça: Apelação Cível com Revisão nº 840.031-5/5-00 – Jacareí, relator o Des. Sergio Gomes, j. 22-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 875.924-5/1-00 – Mococa, relator o Des. Franklin Nogueira, j. 14-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 880.858-5/1-00 – Campinas, relator o Des. Lineu Peinado, j. 28-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 880.3155/4-00 – São José do Rio Preto, relator o Des. Franklin Nogueira, j. 14-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 895.048-5/0-00 – Votuporanga, relator o Des. Rebouças de Carvalho, j. 22-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 884.144-5/2-00, relator o Des. Luiz Burza Neto, j. 15-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 841.862-5/4-00 – Franca, relator o Des. Sergio Gomes, j. 22-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 870.110-5/0-00, relator o Des. Laerte Sampaio, j. 14-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 678.135-5/4-00 – São José do Rio Preto, relator o Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 13-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 891.923-5/4-00 – Votuporanga, relator o Des. Luiz Burza Neto, j. 15-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 853.810-5/0-00 – São Paulo, relator o Des. Lineu Peinado, j. 28-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 874.700-5/2-00 – São José do Rio Preto, relator o Des. Laerte Sampaio, j. 14-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 678.135-5/4-00 – São José do Rio Preto, relator o Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 13-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 891.923-5/4-00 – Votuporanga, relator o Des. Luiz Burza Neto, j. 15-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 853.810-5/0-00 – São Paulo, relator o Des. Lineu Peinado, j. 28-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 874.700-5/2-00 – São José do Rio Preto, relator o Des. Laerte Sampaio, j. 14-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 840.413-5/9-00 – São Paulo, relator o Des. Sergio Gomes, j. 22-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 867.004-5/0-00 – São Paulo, relator o Des. Leme de Campos, j. 27-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 749.319-5/6-00 – Jundiaí, relator o Des. Ferraz de Arruda, j. 15-04-09; Apelação Cível com Revisão nº 850.428-5/5-00 – Santo André, relator o Des. Ferraz de Arruda, j. 15-04-09.

8. Assim, as alegações comumente apresentadas no sentido de dificuldade na dotação de recursos para casos como o dos autos, conquanto possa ser admitida por sincera, torna-se até irrelevante, ante fatos outros que demonstram a falta clara de diretriz para assegurar o valor saúde, previsto na Constituição, sendo que fontes de recursos alternativas, previstas há mais de uma década, deixam de ser, até agora, utilizadas.

9. O controle da Administração exercido pelo Poder Judiciário advém do equilíbrio do sistema de poderes (freios e contrapesos), o qual afasta a

Acesso ao Sumário

possibilidade de suas competências serem extrapoladas. A complexidade do estado intervencionista aumenta quando se afere que a teoria dos **freios e contrapesos** distingue-se da teoria da **tripartição de poderes**; são distintas, **ambas, nada mais, que técnicas para se obter o controle do poder**.[4] Em lugar algum parece haver uma teoria da tripartição aplicada tal como teorizada por Montesquieu (seria inviável, não se governa sem a lei), mas em quase todos os ordenamentos (inclusive o nosso) há um **misto** de tripartição de poderes e freios e contrapesos.

10. No tocante a fixação dos honorários advocatícios, o magistrado não fica vinculado aos limites, mínimo e máximo, previstos no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil. A regra basilar para determinação da sucumbência a ser imposta à Fazenda Pública encontra-se insculpida no § 4º do artigo 20 do CPC, o qual preceitua a fixação **equitativa** do Juiz sobre o valor dos honorários. Assim, considerando a complexidade da matéria, é razoável o fixado na sentença, qual seja 10% do valor atualizado da causa. Dessa forma, mantenho os honorários sucumbenciais arbitrados na r. sentença.

11. Posto isso, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso oficial e ao recurso voluntário**, mantendo a r. sentença de primeiro grau, para condenar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo a prestar ao autor todo o procedimento médico, terapêutico, de acompanhamento psicológico, endocrinológico e cirúrgico necessário à realização de sua transgenitalização, obedecidos os parâmetros e diretrizes fixados pelo Ministério da Saúde e pelas Resoluções do Conselho Federal e Regional de Medicina, com a preparação prévia indispensável, ali prevista, no centro de referência adequado, em São Paulo o HCFMUSP, ou outro, se supervenientemente capacitado e assim indicar a Fazenda Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0004060-39.2010.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE MONGAGUÁ e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelada CARINA APARECIDA BELCHIOR (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.691)**

---

4 M.C.J. Vile, Constitutionalism and the separation of powers. Liberty Fund, Indianapolis. 2.º ed., p 58 e ss.

Jurisprudência - Direito Público

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Candidata aprovada em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital – Possui direito líquido e certo à nomeação e à posse – Sentença mantida – Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário voltados contra a sentença de fls. 112/118, de relatório adotado que julgou procedente ação, concedendo a ordem para determinar a imediata nomeação da impetrante para o cargo ao qual foi aprovada em concurso público.

Inconformada, apela a Municipalidade buscando a inversão do resultado.

Recursos recebidos e processados em ambos os efeitos inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

Os recursos não comportam provimento.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

“Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carina Aparecida Belchior contra ato do ***Prefeito Municipal de Mongaguá***, alegando em breve síntese que prestou concurso público para o cargo de Professor III – Educação Especial, sendo aprovada em segundo lugar, dentro do número de vagas previstas no Edital, que também era de duas.

Em que pesem as razões trazidas pela Apelante, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Conforme se observa, foi publicado um Edital às fls. 14/34, na qual a impetrante respeitou e supriu os requisitos exigidos.

Ademais, o edital não faz menção à reserva de cadastro, que aí no caso seria plausível o impetrante esperar, para nomeação e posse.

Acesso ao Sumário

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles "in" Mandado de Segurança e Ação Popular – 3ª edição RT, 1975, Pg. 13:

"O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinado a afastar ofensa a direito subjetivo próprio, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora em atendimento da notificação judicial. Sendo ação civil, como é, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de causa, enunciado pela Constituição da República para fins de fixação de foro e juízo competentes para o seu julgamento quando for interessada a união (arts. 119 e 125), e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento que é próprio, e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil. Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual, próprio, líquido e certo".

Verifica-se no caso em tela, que o concurso público instituído pela portaria nº 772/05, se **destina ao provimento de 02 vagas**, portanto se caracterizando o direito líquido e certo do impetrante, tendo vista que foi aprovado dentro do número de vagas previstas no edital e ocupando o 2º lugar na ordem de classificação.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

"***Administrativo – Servidor público – Concurso – Aprovação de candidato dentro do número de vagas previstas em edital – Direito líquido e certo à nomeação e à posse no cargo – Recurso provido. I. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte. Candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. II. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornando-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. III. Recurso ordinário provido. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 20.718-SP (2005/0158090-4)".***

E ainda:

"AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ORIGINALMENTE PREVISTAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 1. Esta Corte firmou compreensão de que, se aprovado dentro do

Acesso ao Sumário

número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no RMS 22568/SP – Rel. Min. Paulo Gallotti – 24/03/2009 – STJ).

Todavia, ao contrário do alegado pelo impetrado, a nomeação da candidata aprovada dentro do limite de vagas previstos para o concurso **é ato administrativo vinculado, ou seja, a Administração Pública é obrigada a convocar a candidata aprovada e respeitar o edital que veiculou.**

Ora, se a Administração Pública afirma que precisa de servidor público e em razão disso realiza um concurso público, todos os candidatos acreditam nessa afirmação e, em regra, abdicam de várias oportunidades na vida para conseguirem êxito nessa empreitada e integrarem os quadros do Poder Público.

Assim, **consoante a nova orientação dos Tribunais Superiores a impetrante possui direito líquido e certo à nomeação já que aprovada em quarto lugar dentro do número de vagas previstas no edital.**

Assim, é que, havendo direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança, correta se encontra a sentença que deve ser mantida tal como lançada.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, NEGA-SE provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0004269-22.2011.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO “EX OFFICIO”, é apelada ROSELI MARIA DE CARVALHO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos.

V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 412/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 12 de maio de 2014.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. Fazenda do Estado. Readaptação. Professora. Pretensão de anulação de decisão administrativa que cessou a readaptação. Servidora portadora de cegueira total em olho direito e baixa acuidade visual no outro esquerdo. Readaptação cancelada após nove anos, por conta da Política Nacional para Inclusão da Pessoa com Deficiência. Ilegalidade manifesta. Autora que não tinha condições físicas de retornar à sala de aula. Ademais, como já estava exercendo atividade adequada à sua limitação, não precisava ser incluída em programa para deficientes. Readaptação mantida. Pedido procedente. Honorários advocatícios que não comportam redução. Recursos não providos.

VOTO

A r. sentença julgou procedente ação ajuizada por servidora do Estado para anular o ato administrativo que cessou a sua readaptação, restaurar a readaptação e condenar a ré a lhe pagar as diferenças de vencimentos a que tinha direito como docente adaptada, desde a indevida cessação até a data do reinício da readaptação, mais honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Além do reexame necessário, a Fazenda do Estado apelou. Alega que a verificação das condições físicas e mentais do servidor, para efeito de readaptação, é ato de competência exclusiva do órgão médico oficial do Estado. Como o referido órgão deu parecer contrário à manutenção da readaptação, a conduta da Administração observou o princípio da Legalidade. Diante disso, não pode o Poder Judiciário determinar a readaptação, sob pena de violação ao princípio da Separação dos Poderes. Pede o provimento do recurso para que a ação seja julgada improcedente ou, caso diverso o entendimento deste Tribunal, sejam reduzidos os honorários advocatícios, arbitrados em excesso.

Recurso tempestivo e respondido.

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

Cumpre transcrever os seguintes fundamentos da r. sentença, prolatada pelo Ilustre Magistrado CLAUDIONOR ANTONIO CONTRI JUNIOR:

"É de causar estranheza a conduta adotada pela ré.

"A autora, por conta de infecção oftalmológica, passou a experimentar cegueira total e irreversível do olho direito e exclusivamente por conta disso, por aproximadamente nove anos, esteve readaptada.

"De inopino, não obstante o caráter irreversível do estado clínico da autora, aquele mal incapacitante deixou de existir e, segundo consta do documento de fls. 225, por conta da Política Nacional para Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, concluiu-se, sem maiores explicações técnicas, que a autora estava apta para desenvolver suas atividades normais de professora.

"Tal entendimento, no entanto, não pode prevalecer.

"A análise da incapacidade é técnica.

"No caso, durante aproximadamente nove anos a autora foi considerada incapaz para o exercício das atividades de professora e, durante todo o período, permaneceu readaptada, concluindo a ré, por seus prepostos, presente a incapacidade. Ora, não seria por um passe de mágica e, tampouco, por políticas sociais, cujos efeitos concretos em relação à autora sequer foram especificados, que, aquilo que antes a incapacitava, deixe de fazê-lo, ainda mais quando o quadro se mostrou irreversível e sem demonstração mínima de melhora.

"Desnecessária, no caso, a realização de perícia. A autora, além de perda total de um olho, ainda padece de baixa acuidade visual daquele que lhe resta, não evidenciando melhora no quadro clínico que, por tanto tempo, justificou sua readaptação.

"Assim posta e analisada a questão, tem-se que o ato de cessação da readaptação da autora não se revestiu de legalidade e não pode subsistir".

Tais fundamentos, que adoto, demonstram à saciedade que a readaptação não podia cessar, nem mesmo sob o fundamento de pretensão inclusão do deficiente físico.

Acesso ao Sumário

Não custa, porém, acrescentar que as informações de fls. 214/216, prestadas pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado, reforçam aquela conclusão, pois dão conta de que desde que cessou a readaptação, a autora permaneceu afastada mediante sucessivas licenças para tratamento de transtornos mentais e comportamentais. Em razão disso, foi convocada pelo setor de psiquiatria para avaliação de capacidade laborativa, que constatou estar ela com a capacidade laborativa prejudicada, tendo sido indicada readaptação em função não docente. De tudo isso se conclui que a revogação da readaptação, sob o fundamento da

conveniência de inclusão de portador de deficiência, foi equivocada e não podia subsistir.

Assinale-se que o fato de o Departamento Médico do Estado, naquele primeiro momento, ter dado parecer favorável ao fim da readaptação não impede o restabelecimento da condição de readaptada, por via judicial, desde que efetivamente demonstrada a impossibilidade de retorno ao cargo original. Foi o que ocorreu no caso dos autos, manifestamente improcedentes as alegações de violação do princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, da CF) e da Legalidade (art. 37, *caput*, da CF). Ao contrário, diante da garantia da indeclinabilidade da jurisdição, cuida-se apenas de corrigir a ilegalidade administrativa consistente na cessação da readaptação, apesar de caracterizada a sua necessidade.

Correta, por tudo isso, a r. sentença ao reconhecer o direito da autora de permanecer readaptada e condenar a ré ao pagamento das diferenças de vencimentos a que tinha direito como docente adaptada. Ressalto que tais diferenças decorrem do fato de ter obtido, depois da cessação da readaptação, horas-aula em número inferior às que lhe eram remuneradas enquanto readaptada.

No tocante aos honorários advocatícios, o recurso também não merece acolhimento. A sentença fixou a verba em quinze por cento (15%) sobre o valor da condenação, quantia que remunera de maneira condizente o trabalho desenvolvido nos autos pelos patronos da autora. Não existe qualquer excesso.

Pelo meu voto, nego provimento aos recursos oficial e voluntário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0002039-82.2014.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado EMERSON HENRIQUE GASPAROTO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao AGRAVO EM EXECUÇÃO, tão somente para excluir da contagem as horas trabalhadas em dias de descanso, mantendo-se os demais termos da r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente), PENTEADO NAVARRO e SOUZA NERY.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO POR ESTUDO. INADMISSIBILIDADE DE REMIÇÃO POR TRABALHO NOS FERIADOS EM EMPRESA PRIVADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com a r. decisão de fls. 47/52, proferida pelo Ilustre Magistrado JOSÉ ROBERTO BERNARDI LIBERAL, que indeferiu o pedido de conversão em julgamento e deferiu a EMERSON HENRIQUE GASPAROTO o pedido de remição de 165 dias de pena, contra a mesma tirou o **MINISTÉRIO PÚBLICO** o presente **AGRAVO EM EXECUÇÃO**, alegando, em síntese, que os dias trabalhados nos feriados, em empresa privada, não podem ser computados para fins de remição. Alega, também, que a atividade educacional, sem o

cumprimento de determinadas condições (comprovação do aproveitamento), não autoriza a remição de penas pela ausência de previsão legal. Pretende o afastamento dos dias remidos pelo estudo e pelo trabalho exercido em empresa privada nos dias de descanso (fls. 58/67).

O **AGRAVO EM EXECUÇÃO** foi respondido às fls. 69/75, demonstrando o **AGRAVADO** a necessidade da manutenção da r. sentença recorrida.

A r. sentença recorrida foi mantida no r. despacho de fls. 79/80, apresentando a Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA** o Parecer de fls. 87/91, onde opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser reformada em parte, em que pesem os seus jurídicos fundamentos.

Constata-se que a r. decisão agravada concedeu ao sentenciado a aplicação do instituto da remição para a redução da sua pena em cento e sessenta e cinco (165) dias considerando que a atividade educacional e o exercício de atividade laboral aos domingos e feriados estão previstos na Lei das Execuções Penais.

No que tange à remição por horas de estudo, a r. decisão deve ser mantida.

A admissão da remição pelo estudo tem por fundamento jurídico uma das faces do caráter preventivo da pena, o de ressocializar, no sentido de preparar o condenado para o retorno à vida em sociedade, respeitando as regras que a organização estatal lhe impõe. E o estudo, como é notório, consiste em fator determinante do comportamento humano.

O entendimento jurisprudencial sobre o direito à remição pelo estudo restou consolidado com a edição da Súmula nº 341 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, **in verbis**: "A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto".

Seguindo tal orientação, tem-se entendido válida a aplicação, por analogia, dos artigos 126, § 1º, e 33 da Lei de Execuções Penais, devendo ser considerada como jornada de estudos, para o fim de remição de penas, com as adequações necessárias, o período não inferior a seis horas e tampouco superior a oito horas, com descanso aos domingos e feriados.

É possível a complementação da jornada diária de trabalho com horas de estudo ou vice-versa, observada a jornada diária já mencionada.

Mas o mesmo não se pode dizer quanto à somatória de horas de estudo realizado em dias diferentes, porque tal situação não corresponde à exigência legal da jornada diária, nos termos do artigo 33 da Lei das Execuções Penais. Tampouco atende a lógica jurídica a somatória daquelas horas de estudo já consideradas para a complementação de jornada do trabalho.

No caso dos presentes autos constata-se dos documentos de fls. 25/28

Acesso ao Sumário

e 40/42 que, durante determinado período (de abril a julho), o AGRAVADO cumpriu jornada mínima de trabalho de quarenta horas semanais e estudou em horários distintos.

Assim, devem ser considerados os dias de estudo, para remição.

Quanto aos dias trabalhados em dias de descanso, o recurso ministerial comporta provimento.

Conforme preceitua o artigo 33 da Lei das Execuções Penais: "*A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados*.".

Constata-se que os serviços efetuados em empresas privadas não se encaixam na determinação do referido diploma legal.

Sem a comprovação de ocorrência da exceção apontada no parágrafo único, não é possível a remição dos dias a princípio vedados por lei.

Assim, dá-se parcial provimento ao presente **AGRAVO EM EXECUÇÃO**, tão somente para excluir da contagem as horas trabalhadas em dias de descanso, mantendo-se os demais termos da r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0015501-09.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDILSON NOVAES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, deram provimento ao agravo para garantir ao agravante Edilson Novaes o direito de visita de sua companheira Ana Paula Costa de Souza.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto 25.310)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e BRENO GUIMARÃES.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Agravo em Execução – Suspensa visita da companheira do agravante, que fora processada e condenada por tráfico de droga – Direitos fundamentais devem ser balanceados – Direito à visita deve prevalecer – Agravo provido.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução que se insurge contra decisão, exarada pelo ilustre magistrado Ulysses de Oliveira Gonçalves Júnior, que indeferiu pedido de visita de sua companheira (fls. 29).

Postula a ilustre defensora pública a reforma da decisão, garantido à convivente do agravante o acesso à visita (fls. 5/13).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 55/60), a decisão foi mantida no juízo de retratação (fls. 61).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do agravo (fls. 66/69).

É o relatório.

O agravante *Edilson Novaes* cumpre pena no Centro de Detenção Provisória de Vila Independência.

Em julho de 2012, Ana Paula Costa de Souza fora surpreendida com 70,8g de maconha, inserida na vagina. Foi processada e condenada por tal conduta. Suspensas as visitações ao agravante, seu companheiro.

O artigo 41, X, da Lei de Execução Penal, assegura ao preso o direito de receber a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos. Prevê a possibilidade de suspensão e restrição do direito de visita por ato motivado por diretor do estabelecimento prisional, como se infere do parágrafo único, do referido dispositivo legal.

O artigo 226, *caput*, da Constituição Federal estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. O § 3º, do referido artigo, reconhece a união estável entre a mulher e o homem como entidade familiar para efeito da proteção do Estado.

A união estável, fundada na convivência pública, contínua e duradoura, é concebida como entidade familiar. Por conseguinte, guarda idêntica proteção à da entidade familiar constituída pelo casamento. Como assevera José Afonso da Silva, a "*sociedade conjugal não deve ser entendida no sentido tradicional e estrito da sociedade entre homem e mulher fundada no casamento, porque a* ***união estável****, considerada entidade familiar, também gera uma sociedade conjugal – ou seja, uma sociedade que conjuga direitos e deveres inerentes aos consorte*" *(Comentários Contextual à Constituição, SP: Malheiros, 2005, p. 851*)".

Não há dúvida de que encontra respaldo legal, e por conseguinte motivação o ato administrativo em questão.

Todavia, no caso presente, encontram-se em contraposição dois direitos fundamentais, que devem ser balanceados, devendo ser levado em conta a lição

Acesso ao Sumário

de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, "*os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é a da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa. Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito*" (*Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, 1991, p. 134).

É certo que os direitos fundamentais não são absolutos. Todavia, a restrição de um deles deve ocorrer na medida do indispensável e necessário. Daí porque enfatiza Suzana de Toledo Barros, no contraponto entre bens e valores tutelados pela Constituição deve haver harmonia de modo que cada qual conserve a sua identidade (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003 p. 167). E ainda, Maria Elizabete Queijo, os direitos fundamentais podem sofrer limitações, mas não pode haver excesso nas restrições, de modo a comprometer o próprio conteúdo do direito em questão (*O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo*, SP: Saraiva, 2003, p. 338).

No caso presente, deve prevalecer o direito à visita ao companheiro, que se encontra detido. Deve ser garantido que os laços familiares não sofram descontinuidade, ainda que limitados pela condição do encarceramento. A preservação das relações familiares deve ter preponderância, recebendo especial proteção do Estado, como decorre do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XLVII, veda pena de caráter perpétuo, não se mostrando plausível que o impetrante se veja impedido de receber a visita da esposa em razão de conduta que sequer há nos autos notícia de que tenha sido objeto de sentença penal condenatória e, ainda que assim fosse, os efeitos da sentença penal condenatória não poderiam se perpetuar no tempo de modo a proibir o direito de visita ao cônjuge, companheiro ou convivente.

Acesso ao Sumário

Tal não significa que a administração penitenciária tome as providências devidas para fiscalizar a movimentação do estabelecimento prisional, como, aliás, rotineiramente faz.

Anote-se que, no caso presente, a suspensão das visitas já dura mais de

um ano.

Diante do exposto, por votação unânime, deram provimento ao agravo para garantir ao agravante *Edilson Novaes* o direito de visita de sua companheira Ana Paula Costa de Souza.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0137460-78.2013.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ANTONIO AFONSO COELHO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16705)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 21 de maio de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – DEFERIMENTO DE PROGRESSÃO DE REGIME SEM OPORTUNIDADE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INOCORRÊNCIA – NULIDADE – INEXISTÊNCIA.

PROGRESSÃO – REGIME ABERTO – EXAME CRIMINOLÓGICO – DESNECESSIDADE NO CASO CONCRETO – NATUREZA DOS CRIMES PRATICADOS, FALTAS ANTIGAS E LONGA PENA A CUMPRIR – FUNDAMENTOS INIDÔNEOS A JUSTIFICAR A CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

PRELIMINAR REJEITADA.

AGRAVO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

O MINISTÉRIO PÚBLICO agrava da respeitável decisão do Meritíssimo

Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais de Osasco que, nos autos da execução penal nº 343.295, deferiu a progressão ao regime aberto ao sentenciado ANTONIO AFONSO COELHO (fls. 16).

Requer o agravante em preliminar a nulidade da sentença, com o restabelecimento do regime semiaberto, sob a alegação que a decisão foi proferida sem oportunizar nova manifestação do Ministério Público sobre o mérito do pedido (o que seria feito após a diligência requerida). No mérito, requer a determinação de elaboração de exame criminológico completo (psiquiátrico, social e psicológico) para a análise do pedido de progressão (fls. 21/29).

Contrariado o recurso (fls. 76/84) e mantida a respeitável decisão (fls. 85), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, pelo provimento do agravo, para que seja determinada a realização do exame criminológico (fls. 89/93).

É o relatório.

De início, afasta-se a preliminar de nulidade arguida, porquanto não se verifica irregularidade no rito do procedimento em questão, que obedeceu aos ditames do artigo 196 da Lei de Execução Penal.

Assim, tendo o sentenciado, representado por advogado da FUNAP, formulado o pedido de progressão (fls. 03), foi dada vista ao Ministério Público, que requereu a atualização do cálculo de penas e a realização de exame criminológico completo (fls. 13).

Vê-se, pois, que houve a prévia oitiva do Ministério Público, o qual, entretanto, não se manifestou quanto ao mérito.

Destarte, não se verifica nos presentes autos qualquer nulidade, devendo ser repelida a prejudicial.

No mérito, pretende o recorrente a determinação de realização de exame criminológico, tendo em vista a longa pena a cumprir (42 anos, com término previsto para o ano de 2024), a natureza dos crimes praticados pelo agravado (roubo, estupro e homicídios – três vezes) e o histórico prisional que registra diversas faltas graves.

Com efeito, é certo que o art. 112, da Lei de Execuções, com a redação conferida pela Lei nº 10.792/03, não mais exige o exame criminológico como pressuposto para o livramento condicional e progressão de regime, desde que seja cumprido o requisito objetivo do lapso temporal e que o sentenciado ostente bom comportamento carcerário, em atestado fornecido pela direção do presídio, ficando a realização de mencionado exame a critério do Juiz da execução, quando entender pela sua necessidade, diante da presença de elementos temerários em determinados casos, mas sempre em decisão motivada.

Também razão não assiste ao Ministério Público ao afirmar que o exame criminológico realizado em 2008 (para fins de progressão do regime semiaberto)

Acesso ao Sumário

não poderia ser aproveitado para a progressão em questão.

Contudo, no presente caso, o Boletim Informativo de fls. 05/11 não revelou demérito do sentenciado que indicasse a necessidade de realização de exame criminológico.

Assim é que o reeducando possui atestado de bom comportamento carcerário (fls. 04) e vinha cumprindo, ininterruptamente, desde 27/02/1990, pena de 42 anos, 9 meses e 5 dias de reclusão por condenação a três crimes de homicídio, roubo e estupro. O término de cumprimento está previsto para o dia 01/12/2032.

Verifica-se que as faltas disciplinares de natureza grave anotadas no prontuário do sentenciado são antigas (1999 e 2001), certo que se elas não impediram a sua promoção ao regime semiaberto, não podem ser consideradas para obstar, agora, nova progressão.

Outrossim, verifica-se que o sentenciado, **em cumprimento de pena no regime intermediário desde 11/07/2008**, cumpriu as regras de tal regime, sem que tenha sido noticiada qualquer transgressão, retornando de todas saídas temporárias concedidas.

Destarte, demonstrado estava que o agravado, à época da decisão agravada, preenchia os requisitos necessários à obtenção da progressão ao regime aberto, com demonstração satisfatória de assimilação da terapêutica penal, razão pela qual era mesmo dispensável, na hipótese, a realização do exame criminológico, sendo certo que, a gravidade dos delitos praticados, faltas antigas e longa pena a cumprir por si só, não se apresentam como fundamentos razoáveis para indeferir a progressão ou submeter o sentenciado ao exame referido.

Para mais, conforme documentos extraídos dos registros deste Tribunal, ora anexados, constata-se que o agravado já se encontra cumprindo pena em prisão albergue domiciliar, com registro de três comparecimentos quadrimestrais, o último em 07/01/2014.

Diante do exposto, rejeita-se a preliminar e, no mérito, nega-se provimento ao agravo ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7004718-42.2014.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante ANDERSON ROBERTO DA CRUZ, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, deram provimento ao agravo, nos termos do acórdão do 2º juiz, Des. Dr. Francisco Bruno. Vencido o relator sorteado que negava provimento ao agravo e fará declaração de voto.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 16.539)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente sem voto), FRANCISCO BRUNO, vencedor, FÁBIO GOUVÊA, vencido e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

FRANCISCO BRUNO, Relator Designado

Ementa: Agravo em execução. Reconversão de pena substitutiva, devido à existência de outra sentença, que impôs privativa de liberdade. Sentença que deferiu a conversão, porém, anterior à outra. Impossibilidade, sob pena de analogia *in malam partem*. Recurso provido, para restabelecer a substitutiva.

VOTO

Ouso divergir do eminente desembargador relator, com o respeito de sempre; a meu ver, tem razão o culto procurador de justiça ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, em seu bem lançado parecer (fls. 25/26).

De início, anoto, como ele fez a péssima instrução do recurso; todavia, como anotado no referido parecer, “da própria contraminuta de agravo extrai-se” que a pena restritiva de direitos foi fixada **depois** das privativas de liberdade (fls. 26, reportando-se a fls. 13).

Pois bem. O eminente des. Newton Neves, no recurso de agravo em execução n.º 0137018-83.2011, resumiu com a habitual mestria, após detida análise das dificuldades de interpretação da confusa legislação aplicável a estes casos, as três condições **simultâneas** que se exigem para a reconversão de pena restritiva de direito em privativa de liberdade. São elas:

a) esteja o sentenciado cumprindo pena restritiva de direitos;

b) sobrevenha nova condenação a pena privativa de liberdade **ou** ocorra descumprimento da substitutiva imposta (incluída, nesta última hipótese, a desobediência ao art. 181, § 1.º, da Lei de Execução Penal), e

c) seja impossível cumprir a pena substitutiva anterior.

Ora, neste caso, repito, é incontroverso tratar-se de condenação posterior; assim, não se justiça (legalmente, friso) a decisão agravada. Anoto que o art.

Acesso ao Sumário

111 da Lei de Execução Penal, invocado pelo combativo promotor de justiça como fundamento legal da medida, refere-se à unificação das penas **privativas de liberdade** cumulativamente aplicadas. Ora, a substitutiva, enquanto não reconvertida, não o é, razão por que a sentença – como bem frisou o douto defensor público – implica analogia **in malam partem**.

Ante o exposto, meu voto **dá provimento** ao recurso para manter a prestação de serviço deferida na r. sentença condenatória, devendo ela ser cumprida na forma do art. 76 do Código Penal.

Apelações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017680-80.2007.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante EDER LONEL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao apelo de EDER LONEL, mantendo, por seus fundamentos, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

RENÊ RICUPERO, Relator

Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – Apelo defensivo – Prescrição retroativa – Inocorrência – Absolvição por insuficiência de provas – Impossibilidade – Materialidade e autoria demonstradas por laudo pericial, depoimento de testemunhas policiais e confissão do réu – Legítima defesa putativa – Não configuração – Atipicidade da conduta – Não se aplica a *abolitio criminis temporalis* para o delito de porte de arma – Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 151/159, que ora se adota, acrescenta-

Acesso ao Sumário

se que o acusado EDER LONEL foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso, como incurso no artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03. A pena privativa de liberdade foi substituída por 02 (duas) penas restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade por igual período e ao pagamento de 03 (três) salários mínimos à entidade carente, na forma a ser disciplinada pelo Juízo de Execuções Criminais e foi concedido ao réu o direito de apelar em liberdade.

Inconformada, apela a Defesa pleiteando extinção da punibilidade pela ocorrência de prescrição retroativa. No mérito, reclama a absolvição do acusado sustentando as teses de insuficiência de provas, legítima defesa putativa e atipicidade da conduta (fls. 163/175).

Bem processado o recurso, o MINISTÉRIO PÚBLICO apresentou contrarrazões (fls. 180/182) e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento (fls. 190/198).

É o relatório.

Inicialmente ressalte-se que não ocorreu a alegada prescrição retroativa. Em face da pena aplicada de 03 (três) anos de reclusão, o prazo prescricional, nos termos do art. 109, IV do Código Penal é de 08 (oito) anos. O fato ocorreu em 07 de outubro de 2007 (fl. 01A/01B), a denúncia foi recebida em 03 de abril de 2008 e a sentença foi publicada em 07 de maio de 2013, de modo que não houve decurso de período superior ao prazo prescricional.

No mérito, também não há como se acolher as teses da Defesa.

Consta nos autos que em 07 de outubro de 2007, por volta de 01h10, na Rua das Azaléias, 150, Jardim Primavera, na cidade de Mauá, EDER LONEL portava uma espingarda calibre 12, municiada com 01 (uma) cápsula íntegra, com numeração suprimida e um cinturão contendo 16 (dezesseis) cápsulas íntegras, também de calibre 12, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Acesso ao Sumário

A materialidade do delito restou devidamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fl. 11) e pelo laudo pericial de fls. 51/53, que atestou a aptidão para realizar disparos do equipamento apreendido.

A autoria também é certa.

Em depoimentos uniformes, verossímeis e coerentes, os policiais militares Paulo Tadeu de Sousa e Roberto Gonzaga da Silva relataram, tanto em solo policial quanto em juízo que, em patrulhamento de rotina no local dos fatos foram informados de que havia uma pessoa em via pública com uma espingarda nas mãos. Dirigindo-se ao local indicado encontraram o depoente aparentemente embriagado e de posse da arma. EDER não reagiu à abordagem e afirmou que estava de posse do equipamento para se defender, pois vinha sendo ameaçado

(fls. 04, 06, 72 e 92).

Na delegacia, o apelante preferiu o silêncio (fl. 07). Já em juízo, confessou o delito, afirmando que adquiriu a arma para sua proteção, pois sofrera um sequestro relâmpago algum tempo antes dos fatos e vinha sofrendo ameaças por ter reconhecido os criminosos (mídia de fls. 135).

Assim sendo, a palavra firme e idônea dos policiais militares que atenderam a ocorrência, plenamente em harmonia com a admissão do delito pelo apelante, constituem bom fundamento para a condenação, derrubando o argumento defensivo de insuficiência probatória.

A tese de legítima defesa putativa também não prospera. Como bem asseverado na r. sentença recorrida, não se vislumbra nos autos os requisitos do art. 25 do Código Penal: o réu não estava sofrendo agressão – as provas nos autos e suas próprias palavras colhidas em interrogatório indicam que EDER se sentia "ameaçado", "sob pressão" dos criminosos. Agressão, segundo André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves é "*sinônimo de ataque, ou seja, de conduta humana que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos tutelados. A mera provocação não dá ensejo à legítima defesa*"[1]. Ademais, nem mesmo a suposta ameaça relatada foi demonstrada, ante a ausência de qualquer boletim de ocorrência ou comunicação à autoridade policial.

Também não há o requisito temporal, uma vez que a agressão deve ser atual, iminente, presente, prestes a acontecer. Mais uma vez recorrendo às lições de André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, "*não caberá legítima defesa diante do temor de ser agredido, muito menos se alguém revidar uma agressão que, anteriormente, sofrera. A pessoa que reage em face do passado vinga-se; em vez de lícita, é, como regra, mais severamente punida (motivo fútil ou torpe). Se a agressão for futura, o agente também comete crime, pois faz justiça com as próprias mãos*"[2].

Outrossim, não se pode conceber que o meio escolhido – uma espingarda calibre 12 – seja necessário e moderado para repelir a agressão.

E para que não restem dúvidas, a jurisprudência assim se posiciona sobre o tema:

> "*Para a configuração da legítima defesa putativa o Código Penal exige a demonstração objetiva de existência de fato que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, legitimaria a ação do agente. Se não há registro nos autos de qualquer gesto, movimento ou palavra da vítima que pudesse ser interpretado como ameaça de agressão não se anula a decisão que rejeitou a tese de legítima defesa putativa.*" *(TJGO RT 788/642)*

---

1 Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. Editora Saraiva, 2012, p. 396.

2 Idem, p. 397.

Acesso ao Sumário

"*Não há que se falar em legítima defesa putativa, se o agente dispara tiros contra a vítima, colhendo-a inopinadamente, sem que ela fizesse qualquer gesto que significasse ameaça de agressão.*" *(TJSP RT 742/603)*

"*Para a caracterização da legítima defesa putativa, é de mister que o agente esteja na crença ilusória, na suposição errônea do fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. A criminosidade objetivamente comprovada desaparece com a inexistência do elemento subjetivo, isto é, o dolo, a consciência da injuridicidade. Porém, se o agente fica à espreita da vítima não há se falar na referida hipótese, ficando caracterizada a qualificadora da surpresa.*" *(TJSP RT 738/603).*

Do mesmo modo é impossível a absolvição ao argumento de que houve a extinção temporária da punibilidade do crime.

A Lei nº 11.922, de 13 de abril de 2009, em seu artigo 20, prorrogou para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, possibilitando a regularização e entrega de armas de fogo, mas abrange, no entanto, apenas as de uso permitido (art. 1º da Medida Provisória nº 417, de 31 de janeiro de 2008, convertida na Lei nº 11.706, de 19 de junho de 2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03).

Até aquela data, **tornou-se atípica** em relação ao agente, **a posse ilegal de arma de fogo, acessório e munição em residência** até que finde tal lapso temporal, independentemente da situação jurídica desse objeto material, que pode até mesmo contar com a marca, numeração ou sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. Em outros termos, **a *vacatio legis* indireta não contemplava o porte,** isto é, **alguém levar consigo, carregar em via pública qualquer desses objetos**, conforme situação fática delineada nos autos.

Neste sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. *ESTATUTO DO DESARMAMENTO.* ***PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO*** *(ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003).* ***TIPO NÃO ABRANGIDO PELA ATIPICIDADE TEMPORÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.*** **VACATIO LEGIS** ***ESPECIAL OU*** **ABOLITIO CRIMINIS** ***TEMPORÁRIA RESTRITA À POSSE DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DE RESIDÊNCIA OU LOCAL DE TRABALHO****. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA OU PERIGO ABSTRATO. TUTELA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1.* ***A atipicidade temporária ou*** **vacatio legis** ***especial prevista nos artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003 restringe-se à posse de arma de fogo no interior de residência ou local de trabalho, não se aplicando ao crime de porte***

ilegal de arma de fogo *(art. 14 da mesma Lei). (...) (STF – HC: 88757 DF , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-02 PP-00200)*

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA – ***PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO*** *(LEI 10.826/03, ART. 14,* CAPUT*) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – CONFISSÃO JUDICIAL CORROBORADA PELO DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS –* ***ART. 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO –*** **ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS** ***QUE NÃO ABRANGE A CONDUTA DE PORTE*** *– CRIME DE MERA CONDUTA. (...) II – O período de 180 (cento e oitenta) dias previstos pelo art. 32 do Estatuto do Desarmamento para a entrega de armas de fogo às autoridades,* ***tornou temporariamente atípica a conduta da posse irregular de arma de fogo, não abrangendo, no entanto, o porte ilegal, previsto no art. 14 do preceito normativo em comento.*** *(...) (TJ-SC – ACR: 346316 SC 2007.034631-6, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 01/04/2009, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Ituporanga)*

Realmente, à data do fato narrado na denúncia, 07 de setembro de 2007, tratando-se de arma equiparada à de uso proibido por estar com a numeração suprimida, havia a prerrogativa do proprietário ou possuidor de *entregar espontaneamente* a arma à Polícia Federal, contudo tal faculdade não se aplica ao caso, uma vez que o equipamento foi apreendido em via pública, configurando porte e não posse.

Ademais, o art. 32 do Estatuto do Desarmamento prescreve que "*os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la,* ***espontaneamente***", de modo que se afasta a incidência da causa extintiva da punibilidade (*abolitio criminis* temporária ou *vacatio legis* indireta) quanto às armas apreendidas no curso de diligência policial.

Realmente, ocorrendo a apreensão de arma de fogo de uso permitido, mas com numeração suprimida, antes de qualquer iniciativa de seu possuidor ou proprietário de encaminhá-la à Polícia Federal, como na hipótese destes autos, o apelante já não poderá "*entregá-la espontaneamente*" como se exige à materialização do benefício legal.

Irrecusável, portanto, a condenação, as penas foram bem fixadas no patamar mínimo e substituídas por restritivas de direito, o que não poderia ser mais favorável ao apelante.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao apelo de EDER LONEL, mantendo, por seus fundamentos, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010835-36.2011.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante VALDIR ALBERTO DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 9630)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Lesão corporal leve e ameaça – Violência doméstica – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas, justificando a manutenção da condenação – Pena e regime criteriosamente impostos. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença a fls. 64/66, **Valdir Alberto de Souza** foi condenado à pena de 03 meses de detenção, em regime inicial aberto, como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Inconformado, apela o réu em busca da absolvição, ao argumento de que não há nos autos provas suficientes para lastrear o édito condenatório (fls. 78/80).

Contrariado o recurso (fls. 82/84), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do apelo (fls. 90/92).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 25 de maio de 2011, por volta de 03h, na Rua Coronel Pedro Dias Batista, Itapetininga, o apelante ofendeu a integridade corporal de sua ex-mulher Fabiana da Silva Moraes, causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Acesso ao Sumário

Narra a denúncia que o réu e a vítima foram casados por cinco meses, estando atualmente separados. Contudo, o acusado não se conformou com essa situação e, no dia dos fatos, foi até o citado local, onde a ofendida aguardava com um amigo para pegar um ônibus com destino a Botucatu, onde faz tratamento de saúde, oportunidade na qual Valdir a ameaçou. Fabiana tentou fugir, mas o apelante a alcançou e agrediu com socos e pontapés.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito a fls. 12, conforme o qual a vítima sofreu lesões corporais de natureza leve, consistente em escoriação com edema subjacente em dorso do nariz causada por instrumento contundente.

Igualmente certa autoria.

Tanto em sede policial quanto em juízo, o apelante confessou ter agredido a vítima (fls. 13 e 49/50).

A vítima corroborou a confissão supra, declarando em linearidade em todas as oportunidades em que ouvida, que o réu a agrediu com socos (fls. 45/46).

No mesmo sentido o depoimento da testemunha André Famboglia, o qual correu para chamar ajuda quando o acusado chegou, ouvindo quando ele agrediu a vítima (fls. 47).

Portanto, robusto, coeso e mais do que suficiente o presente quadro probatório para embasar a condenação.

A pena, ao seu turno, foi fixada no mínimo legal e não comporta alteração, valendo relembrar que, a teor da súmula n.º 231, do Superior Tribunal de Justiça, a confissão não poderia conduzir à redução da reprimenda aquém do mínimo legal.

O regime inicial fixado foi o mais brando, que fica mantido.

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão de se tratar de crime perpetrado com violência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**, mantendo-se inalterada a r. sentença tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0081775-38.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LEONARDO DE SOUZA e PAULO ROBERTO ALVES DE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de

Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso para a manutenção da r. sentença pelos próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3689)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 5 de junho de 2014.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Roubo qualificado tentado – Prisão em flagrante na posse da *res furtiva* – Falta de reconhecimento judicial pela vítima – Irrelevância se os elementos de convicção tornam indiscutível a responsabilidade dos réus – Condenação mantida – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

LEONARDO DE SOUZA e **PAULO ROBERTO ALVES DE LIMA**, qualificados nos autos, foram denunciados e processados perante o juízo da 7ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, inicialmente apontados como incursos no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Isto porque, no dia 11 de outubro de 2010, por volta das 17 horas, na Avenida Inajar de Souza, nº 3500, na cidade de São Paulo, agindo em concurso e mediante grave ameaça praticada com simulação de porte de arma de fogo, subtraíram para si a importância de R$ 5,00 e mais um aparelho de telefone celular pertencentes a Meire Jane da Silva Ferreira.

Após regular instrução, sobreveio a r. sentença de fls. 192/198, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Benedito Roberto Garcia Pozzer que julgou parcialmente procedente a ação penal e condenou os acusados, por infringência ao art. 157, § 2º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 8 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Inconformada apela a Defesa buscando a reversão do julgado sob o argumento de que a prova é frágil e insuficiente para a condenação dos réus (fls. 203/207).

Recebidos os recursos (fls. 201), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 209/214).

Bem processado o apelo, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo seu improvimento (fls. 220/224).

Acesso ao Sumário

Anote-se que o processo foi inicialmente distribuído para a Col. 5ª Câmara de Direito Criminal (fls. 219), mas acabou redistribuído para esta E. 4ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária em 9 de abril de 2014 (fls. 226).

É o relatório.

Cuidam os autos de apelações interpostas por Leonardo de Souza e Paulo Roberto Alves de Lima contra a r. sentença de fls. 192/198 que os condenou, por infração ao art. 157, § 2º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 8 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Mas, na análise da pretensão recursal, de se concluir que a absolvição postulada era mesmo impossível, de sorte que a r. sentença deu a correta solução ao caso em discussão.

De fato, os acusados foram presos em flagrante, na posse da ***res furtiva*** (fls. 15), logo após o assalto, na medida em que a vítima comunicou o fato à polícia que em patrulhamento conseguiu prender os réus (fls. 3 e 5). Naquela ocasião, os dois acusados confirmaram que ***"...realmente tentaram roubar a bolsa das vítimas..."*** (fls. 8/9), mas elas gritaram e correram. Entretanto, a ofendida Meire, ao contrário, relatou que foi abordada pelos réus – que reconheceu naquela oportunidade – que diziam estarem armados e subtraíram sua bolsa (fls. 7), de sorte que somente estes elementos já conferiam razoável certeza a propósito da procedência da acusação.

Mas não é só, pois em juízo, agora sob as garantias do contraditório, a despeito da costumeira negativa, onde os réus afirmaram que caminhavam pela rua quando foram abordados pela polícia e se assustaram (fls. 187/190), tem-se que a prova oral tornou definitiva sua responsabilidade.

É que a vítima Meire, ainda que sem conseguir reconhecer os acusados em audiência, confirmou a realidade do roubo praticado por dois elementos que acabaram detidos pela polícia (fls. 185), fato esse confirmado pela testemunha Aline que acompanhava a ofendida e atestou a recuperação do produto do roubo (fls. 186).

Assim, diante desse quadro, onde os réus foram presos em flagrante logo após a subtração, na posse do produto do crime e foram incriminados pela prova que confirma a realidade do roubo, torna-se irrelevante o fato de não ter havido identificação pessoal em audiência, inclusive porque é natural que a vítima se sinta atemorizada e nervosa e esqueça as características físicas dos assaltantes depois de algum tempo.

Como, então, a prova trazida durante a instrução é segura, a condenação era mesmo inafastável, inclusive porque nada sugere a veracidade da versão por eles trazida aos autos.

A pena foi dosada com critério, no mínimo legal e com redução mínima

Acesso ao Sumário

pela tentativa dado o ***iter criminis*** percorrido pelos réus, inclusive com fixação do regime inicial aberto, de sorte que de nada mais pode reclamar a Defensoria Pública.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO** para a manutenção da r. sentença pelos próprios fundamentos.

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000014-30.2004.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado VALDOMIRO JOSÉ DOS REIS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação interposta pela Defesa, e deram provimento ao recurso ministerial para anular a decisão proferida pelo r. Conselho de Sentença, determinando que seja Valdomiro José dos Reis submetido a novo Júri. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14343)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Denúncia por homicídio qualificado – Desclassificação do crime para a modalidade culposa – Apelo acusatório alegando que a decisão se deu em total contrariedade ao conjunto probatório – Provas testemunhais claras e coerentes – Conjunto probatório que direcionava à condenação nos termos da denúncia – Soberania dos veredictos está adstrita à regular valoração das provas – Seja o réu submetido a novo Júri – Recurso defensivo improvido e acusatório provido, anulando-se a decisão proferida pelo r. Conselho de Sentença, determinando-se a realização de novo Júri.

Acesso ao Sumário

VOTO

Por decisão soberana do Conselho de Sentença, o réu **VALDOMIRO JOSÉ DOS REIS** foi condenado como incurso no artigo 121, § 3º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto. Absolvido o réu da imputação da prática do crime tipificado no art. 129, § 6º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inc. V do Código de Processo Penal.

Inconformada, a Justiça Pública apela, alegando a ocorrência de nulidade do Júri por manifesta contradição à prova dos autos, requerendo subsidiariamente, que se altere a pena aplicada ao réu, majorando a pena-base nos ditames da lei e considerando-se ambas as agravantes suscitadas em plenário, fls. 884/891.

Também irresignada, a Defesa apela, solicitando em preliminar que o julgamento seja convertido em diligência para propositura da suspensão condicional do processo, nos moldes do disposto no artigo 89 da Lei 9.099/95. Subsidiariamente, requer que a pena corporal seja convertida em restritivas de direitos e, que a pena-base seja fixada no mínimo legal, fls. 918/939.

Os recursos foram contra-arrazoados, manifestando-se a Douta Procuradoria de Justiça Criminal pelo não provimento do recurso da defesa, mas pelo provimento do recurso do Ministério Público, anulando a decisão do E. Conselho de Sentença, por entender que o julgamento foi contrário às provas dos autos, fls. 960/971.

Relatei.

O apelo ministerial merece provimento.

Inicialmente, é bom que se enfatize que na presente sede recursal, tratando-se de matéria de competência do Tribunal do Júri, não é necessária meticulosa e profunda valoração das provas, sendo que tal cabe ao Conselho de Sentença.

Compete verificar-se, única e tão somente, se o veredicto foi proferido com base nos elementos de prova constantes nos autos.

O ora acusado foi denunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incs. I e IV, c.c. o art. 73, 1ª parte e art. 61, inc. II, alínea "f", todos do Código Penal, porque no dia 21 de março de 2004, por volta da 1h40, na Av. Cupecê, nas proximidades do nº 4336, nesta Comarca, munido de arma de fogo e agindo com "animus necandi", por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, efetuou disparos visando atingir o motociclista Alexandre Reny dos Reis, sendo que um dos projéteis, por erro na execução atingiu Luiza dos Santos e outro atingiu Rodrigo Gomes dos Santos, causando na primeira vítima ferimentos que lhe acarretaram a morte, e no segundo ofendido, ferimentos em sua mão direita.

A materialidade delitiva está comprovada pelo laudo necroscópico de fls.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

348/349 que constatou "um ferimento pérfuro-contuso, ovalado, com diâmetro de nove milímetros, bordos invertidos e presença de orla de contusão e enxugo característicos de entrada de projétil localizado na região lateral esquerda do tórax, na linha axilar posterior na altura da 7ª costela".

No exame de confronto balístico realizado no projétil retirado do corpo de Luíza, constatou-se que apresentava características próprias daqueles utilizados em munição para arma de fogo do calibre nominal .40.

O réu, sempre que foi ouvido, alegou ter disparado para o alto, sendo que quando desembarcou da viatura, na frente do estabelecimento para abordar Alexandre, houve um disparo acidental para o alto, negando que a vítima tivesse sido atingida por tal disparo. Reconheceu que somente ele utilizava a pistola .40. Em plenário, mudou parcialmente sua versão, alegando que na motocicleta havia duas pessoas. Porém, ao ser perguntado sobre onde estava o segundo indivíduo, não soube explicar.

Diversamente do alegado pelo réu foram as verões apresentadas pela vítima e pelas testemunhas ouvidas no contraditório. Senão vejamos.

A vítima Alexandre narrou que conduzia sua motocicleta pelo local dos fatos, e em uma esquina na Avenida Cupecê, se aproximou do carro "Chevette" de seus amigos que estava na via, para combinarem para onde iriam se dirigir. Após, acelerou a moto e logo começou a ouvir tiros em sua direção. Pelo retrovisor, observou que se tratava de uma viatura policial, onde estava o réu. Afirma que não parou a motocicleta, pois os tiros vinham em sua direção e ficou com medo de parar e morrer. Quando avistou um estabelecimento com várias pessoas, uns três quilômetros de quando iniciou a perseguição, parou a moto e colocou suas mãos na cabeça. Neste momento, viu o réu, no interior da viatura ainda em movimento, com a arma na mão e o braço para fora da janela, mirando em sua direção e disparando. Os policiais saíram da viatura e o abordaram, momento em que viram que estava desarmado. Neste mesmo momento as pessoas que estavam no bar começaram a gritar, pois uma pessoa havia sido atingida por um dos tiros.

Acesso ao Sumário

Fábio, amigo de Alexandre, que estava dentro do "Chevette", foi ouvido e confirmou que a moto se emparedou no seu carro para conversarem, e após combinarem o que iriam fazer, Alexandre seguiu acelerando sua moto, momento em que viu a viatura indo atrás dele.

A testemunha Josué, namorado de Luiza, informou que estava no bar com Luiza e dois amigos, Gilson e José Gracilio, quando se levantou para pedir a conta. Neste momento, ouviu o barulho de tiro e olhou para a rua para ver o que acontecia, ocasião em que avistou a moto da vítima e a viatura policial logo atrás em movimento. Viu o policial militar armado com o braço para fora, mirando e disparando contra o motoqueiro. Logo em seguida Luiza gritou que

havia sido atingida.

Gilberto e José Gracilio, amigos de Luiza e que estavam sentados no bar, de frente para a rua, contaram que viram a viatura chegando e um policial com o braço para fora, armado, mirando e disparando dois tiros. O segundo tiro foi o qual teria acertado Luiza. O motoqueiro não estava armado. Confirmaram que os disparos foram realizados com o veículo em movimento e não eram direcionados para cima.

Sandra Sueli, ouvida somente na fase policial, afirmou que estava no bar para comprar cigarros e quando estava saindo, ainda de costas para a rua, ouviu disparos de arma de fogo, virou e viu uma motocicleta e duas viaturas da polícia militar, sendo que somente a primeira viatura que efetuou os disparos. A segunda viatura estava a cerca de 500 metros da primeira viatura. Viu um rapaz tirando o capacete e entrando no compartimento da viatura, momento em que viu um movimento no bar, e a segunda viatura socorrendo uma mulher baleada. Afirmou que os disparos foram efetuados na perseguição da moto pela viatura.

O dono do bar, Tito Benedito disse que estava atendendo uma das mesas, quando ouviu dois tiros e, em seguida, viu a viatura parar e os policiais saíram para abordar um motoqueiro, sendo que Luiza já tinha sido atingida. Os disparos ocorreram antes da viatura parar.

O policial Vanderlei, somente ouvido na fase policial, afirmou que estava na outra viatura e foi até o local para dar apoio a outra viatura. Ninguém da viatura em que ele estava efetuou disparos e ao estacionarem as viaturas não houve nenhum disparo.

O policial Rogério, que dirigia a viatura, confirmou a perseguição ao motociclista e os disparos efetuados com arma de fogo. Afirmou que os disparos foram realizados pelos policiais Lobo e Valdomiro. Disse que ouviu um disparo quando Valdomiro saiu da viatura, e que este teria sido acidental. Não sabe se foi esse tiro que teria atingido Luiza.

O policial Lobo confirmou ter efetuado disparos de arma de fogo durante a perseguição, mas que todos teriam sido para o alto. Disse que estava no interior da viatura quando ouviu um tiro partindo da pistola de Valdomiro quando este desembarcava da viatura. Declarou que utilizava um revólver calibre 38.

Ora, temos pelo quadro probatório, notadamente pelas falas das testemunhas, que o apelo ministerial é de ser provido.

Ainda que não nos caiba realizar qualquer valoração das provas e sua eficácia em ensejar a condenação do apelado, ficou claro que a decisão dos jurados foi, de fato, manifestamente contrária às provas reunidas nos autos.

Assiste razão ao recurso ministerial, pois a desclassificação para a modalidade culposa realmente não encontra respaldo nos autos.

O conjunto probatório trazido ao processo mostrou-se suficiente para

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

ensejar um decreto condenatório, sendo que tanto as provas testemunhais quanto as documentais corroboram tanto materialidade quanto autoria do crime, uma vez que os tiros foram intencionais e houve erro na execução, tal qual descrito na denúncia, pelo Parquet.

Há provas de que o crime foi praticado por motivo torpe (inciso I do § 2º do art. 121, CP), e também de que a vítima foi impossibilitada de defesa (inciso IV).

Assim, entende-se que os Srs. Jurados optaram por versão que não encontrou sustentação nas provas colhidas, vendo-se nos autos que realmente ocorreu decisão manifestamente oposta ao conjunto probatório.

Há, sim, a soberania do Tribunal do Júri para decidir sobre questões ligadas aos crimes dolosos contra a vida, no entanto, esta é adstrita à regular observância das provas coligidas.

Se a decisão é aviltante ao conjunto probatório, e absolutamente oposta ao que foi apresentado, é evidente a necessidade de cassação.

Diante desta decisão, ficam prejudicados os pedidos realizados pela defesa no que tange a propositura da suspensão condicional do processo e a dosimetria penal.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta pela Defesa e, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial, anulando a decisão proferida pelo r. Conselho de Sentença, determinando seja **VALDOMIRO JOSÉ DOS REIS** submetido a novo Júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000001-33.2000.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que é apelante W.M.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Ante o exposto, afasto a preliminar arguida, e nega-se provimento ao recurso interposto por W.M.M., mantendo-se a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15126)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 11 de junho de 2014.

PAULO ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HOMICÍDIO QUALIFICADO – Nulidade – Plenário realizado sem presença de plateia – Violação do princípio da publicidade – As nulidades referentes ao julgamento em plenário, rito do Tribunal do Júri, devem ser arguidas logo após sua ocorrência, sob pena de preclusão (art. 571, V, do CPP). DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – Impossibilidade – I – Não deve ser provido o apelo que se insurge contra a condenação do acusado, quando há nos autos prova segura, que indique a participação do mesmo no crime em comento. II – Diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, para que seja acolhido recurso apelatório com base em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que o *decisum* proferido pelo Conselho de Sentença se apresente absolutamente divorciado do contexto probatório, o que não ocorre na espécie, devendo, portanto, ser mantida a sentença condenatória.

Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de W.M.M., contra a r. sentença, do MM. Juiz da 1ª Vara Judicial da Comarca de Lorena, que o condenou pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, a cumprir a pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado (fls. 716/717).

Inconformado com a r. decisão, em preliminar pleiteia a nulidade da decisão, visto que o plenário foi realizado sem a presença da plateia, violando o princípio da publicidade e, no mérito, sustentou que a decisão do corpo de jurados é manifestamente contrária às provas dos autos, tendo em vista que reconheceu o laudo pericial de fls. 13/14 (fls. 733/761).

O recurso foi contra-arrazoado pela Justiça Pública, que postulou pelo não provimento do recurso, e, por consequência, pela manutenção da decisão da Magistrada Presidente do Egrégio Conselho de Sentença do Tribunal do Júri (fls. 763/766).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. Parecer, pronunciou-se pelo não provimento do apelo interposto, mantendo a r. sentença (fls. 771/775).

Acesso ao Sumário

Este, em síntese, é o relatório.

2 – ***Da preliminar***

Da alegação que o plenário foi realizado sem a presença da plateia, que violou o princípio da publicidade.

Primeiramente, cabe observar que a publicidade, garantia constitucional que proporciona a transparência da atividade jurisdicional, é regra a ser seguida.

Entretanto, excepcionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro permite a restrição do referido princípio contemplado no art. 93 da Constituição Federal.

Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima: "*(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e aos seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*" (Manual de Processo Penal, 2ª ed. Niterói: Impetus, vol. I, 2012, fls. 41). Ademais, o próprio Código de Processo Penal, no bojo do art. 742, *caput* e parágrafos 1º e 2º, permite que se restrinja a garantia em questão, se da publicidade da sessão puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem.

In casu, consoante a Ata da Sessão (fls. 721/722), o MM. Juiz Presidente do Júri revela que, antes mesmo da instalação da sessão, decidiu, publicamente, que a plateia seria retirada do plenário, para segurança das testemunhas protegidas, como bem consignou o doutor Promotor de Justiça:

"*(...) porquanto a determinação para que o plenário fosse realizado sem a presença do público para se preservar a segurança e a privacidade das testemunhas protegidas e garantir a plenitude de defesa. Isso porque, a defesa do acusado requereu que os jurados fossem cientificados quanto ao nome das testemunhas protegidas e, a fim de que não fosse cerceada a defesa do réu e, ao mesmo tempo, fosse preservada a finalidade legal de resguardo da segurança e privacidade das testemunhas. O juiz acertadamente determinou que o julgamento fosse realizado sem a presença da plateia, nos termos já proferidos nos autos, a garantir pela proibição da entrada de terceiros ao plenário*" (fls. 760).

Ademais, conforme consta na Ata de Reunião do Tribunal do Júri, o MM. Juiz Presidente indagou às partes se tinham algum requerimento ou reclamação a fazer, obtendo da acusação e dos Srs. Jurados a resposta negativa (fls. 722).

A jurisprudência já firmou posicionamento no sentido de que a suposta existência de irregularidades ocorridas em plenário deverá ser arguida logo em seguida a sua ocorrência, sendo que, conforme transcrito acima, a defesa teve oportunidade de se insurgir ou se pronunciar a respeito em plenário, e não o fez, o que importa em preclusão, visto tratar-se de nulidade relativa.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, colhe-se dos julgados desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA OCORRÊNCIA DE NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA (ART. 593, III, A, DO CPP). INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NA ATA DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EXEGESE DO ART. 571, V E VIII, DO CPP. (Apelação Criminal n. 2011.038250-4, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. em 4/10/2011).

"*APELAÇÃO CRIMINAL – RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI PELA PRÁTICA DE 03 (TRÊS) HOMICÍDIOS CONSUMADOS E 01 (UM) TENTADO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA EM RAZÃO DO EXCESSO DE LINGUAGEM – INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO (ART. 571, V, DO CPP) – PRECLUSÃO. [...]. I – Constatando-se que não houve impugnação da defesa no momento oportuno (art. 571, V, do CPP), resta evidenciada a preclusão da matéria relativa à nulidade da sentença de pronúncia por excesso de linguagem*". (TJ/ES – Apl. Crim. Nº 48970086822. Órgão: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL. Data de Julgamento: 12/11/2008. Data da Publicação no Diário: 28/11/2008. Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA. Relator Substituto: EWERTON SCHWAB PINTO JUNIOR).

Assim, tendo a defesa deixado de se manifestar no momento oportuno, tem-se preclusa a nulidade relativa levantada por meio da presente ação constitucional.

Com efeito, a impossibilidade de arguir nulidade a qual não foi arguida no momento oportuno, implica preclusão do direito de fazê-lo.

Destarte, rechaçadas as preambulares aventadas, passa-se à análise do mérito.

Consta da denúncia que, no dia ..., por volta da ..., na esquina da Rua ... com a Rua ..., na cidade e comarca de ..., E.G.F.J., vulgo "J.", já falecido, agindo com manifesta intenção homicida, efetuou disparos de arma de fogo contra L.A.M.R., causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo de exame necroscópico, que foram a causa efetiva de sua morte.

Consta, também, que L.A.A.R., então casada com o falecido, concorreu para a prática do homicídio acima citado, pagando previamente ao matador E. e à pessoa de W.M.M. R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) e prometendo entregar-lhes mais R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) após o crime.

É dos autos, também, que B.C.A., irmão da acusada L., igualmente concorreu para a prática do delito, mediante auxílio, na medida em que, desejando a morte da vítima, adquiriu a arma de fogo que deu cabo à vida da mesma e a entregou a W.M.M. e ao matador E. para tal finalidade.

Consta, por fim, que W.M.M., vulgo "T.", também concorreu para a

Acesso ao Sumário

prática do crime em questão, ao chamar amigavelmente pela vítima e desviar sua atenção, a fim de possibilitar que E. efetuasse os disparos contra a cabeça da mesma, por trás.

Consta, ainda, que o delito foi cometido mediante paga e promessa de recompensa, bem como mediante a utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Segundo apurado, a acusada L. e a vítima L.A. eram casados e estavam enfrentando problemas conjugais. Desejando se ver livre de L.A., L. falou com seu irmão B.C. que, por sua vez, concordou com a ideia de dar cabo à vida do cunhado. Assim, B. adquiriu uma arma de fogo da pessoa de A.P., vulgo "G.". De posse da arma, B. a entregou a E. e ao acusado W..

E. e o acusado W. se dispuseram a matar a vítima. Para tanto, a acusada L. pagou-lhes a importância de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), após o crime.

Urdido o homicídio, E., vulgo "J.", o acusado W., vulgo "T." e a pessoa de "R." ou "M." (segundo as investigações, também já falecido) convidaram a vítima L.A. para tomar vinho e consumir entorpecentes. Em dado instante, W. chamou pela vítima, tratando-a amigavelmente pelo apelido de "B.". No que foi atender ao chamado, L.A. foi surpreendido pela rápida ação de E., que já o esperava de posse da arma de fogo acima mencionada, encostado em um muro e devidamente escondido. E., então, efetuou disparos de arma de fogo contra a cabeça da vítima, por trás de forma a dificultar sua defesa contra a agressão sofrida. Após o homicídio, o tal "R." ou "M." danificou um telefone público localizado nas imediações, a fim de impedir que a polícia fosse acionada pela vizinhança.

A denúncia foi oferecida aos ... (fls. 02/05), sendo a mesma recebida em ... (fls. 124/vº).

O recorrente foi interrogado (fls. 146/147 e 187).

Os autos foram desmembrados com relação a corré L.A.A.R. (fls. 538).

O corréu B.C.A. foi absolvido nos termos do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal (fls. 694/695).

Por r. sentença datada de 09 de fevereiro de 2009, o apelante foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal (fls. 494/498 – 3º Volume).

Foi interposto recurso em sentido estrito e, por v. acórdão datado de 13 de janeiro de 2010, determinaram instauração de incidente de insanidade com relação a L.A.A. e afastada demais preliminares, negaram provimento aos recursos interpostos por W.M.M e L.A.A.R. (fls. 535/549 – apenso).

A materialidade delitiva está demonstrada pelo laudo de exame

Acesso ao Sumário

necroscópico (fls. 13/19), e pelas provas amealhadas nos autos.

Interrogado em Juízo, W. negou a autoria do delito, declarando que conhecia "J." apenas por nome e não se associou a ele para a prática de crimes. Não sabe se "J." foi o autor do homicídio. Não conhece L. e B.C., não tendo recebido nenhuma arma deste. A casa do sogro da vítima fazia divisa com os fundos da casa do interrogando. No dia dos fatos, a vítima jogou um machado para entrar na casa de seu sogro e o interrogando acionou a polícia. Foi somente naquele dia que conheceu a vítima, não voltando a vê-la (fls. 147vº).

A corré L., em Juízo, negou a autoria do delito, declarando que foi casada com a vítima por quinze anos. Estavam separados há dois meses, separando do mesmo porque era violento e tinha envolvimento com bebida e outras drogas. Não teve nenhuma participação no crime. Ouviu dizer que o autor do homicídio foi "J.". Não sabe dizer se a vítima tinha rixa com "J.". Conheceu "J." apenas de vista. L.A. tinha muitos inimigos e sempre agredia a depoente fisicamente. Seu irmão B. também não participou do crime. Em ... a vítima praticou homicídio contra J.R., seu irmão. Já era casada com a vítima. Continuou casada com a vítima porque tinha medo dele. Seu irmão B.C. nunca tentou se vingar da morte de J.R. e nunca teve arma de fogo. Não conhece "G.". Nunca entregou dinheiro para "J." e não presenciou os fatos. Também não conhece o corréu W., vulgo "T.". (fls. 187vº).

A testemunha P.H.L.C., policial militar, relatou que no dia dos fatos estava em serviço e foi acionado para atender uma ocorrência de homicídio. Chegou ao local e a vítima estava no cruzamento da (...) não se recordando da outra rua. O local foi preservado, foi acionada a perícia e o delegado estava de plantão e dias antes tinha solicitado um Mandado de Busca e Apreensão para casa do vulgo "T.". Fizeram uma vistoria no local e nada foi encontrado. Tinha informações de que ele possuía uma espingarda, mas nada foi encontrado e logo depois disso houve o homicídio. Disse que L.A.R. compareceu no plantão policial acompanhado de sua esposa, pois tinha se envolvido numa ocorrência se não se engana de ameaça (fls. 229/234).

A testemunha J.M.M. narrou que na data dos fatos estava no portão da casa da genitora, que é perto da residência da corré L.. Na esquina, estavam o J., R., J., A. e o "T." (W.). Eles chamaram o "B.", que é a vítima, para ir até a esquina. Quando ele chegou próximo da esquina, o E. efetuou um disparo na nuca da vítima. A esposa da vítima e o cunhado deram cento e cinquenta reais para J. e E., e eles compraram a arma. O depoente presenciou o pagamento, enquanto que o J. disse que seria destinado à compra da arma (fls. 236/244).

A testemunha M.A.M. não presenciou o crime, porém disse que a vítima lhe relatou, dias antes do crime, que estava sendo ameaçada de morte pelo acusado, pois este estava insatisfeito com a constante presença da polícia na residência

da ex-esposa da vítima, que era sua vizinha, em razão de desentendimento entre a vítima e a ex-mulher. Relatou, ainda, que após o delito, tomou conhecimento de que o acusado havia ameaçado outra testemunha dos fatos, tendo tomado conhecimento da ameaça por meio de relato dessa própria testemunha ameaçada (fls. 246/257).

A testemunha policial militar M.A. narrou que compareceu ao local do homicídio, logo após os fatos. Dois dias antes do crime, a vítima e esposa haviam sido conduzidas até o Distrito Policial, onde ele informou que um indivíduo conhecido por "T." estava ocultando armas e drogas, e a esposa dava cobertura. A vítima declarou que estava jurada de morte por tê-los denunciado (fls. 281/287).

As testemunhas de defesa V.M.F. (fls. 309/311), Z.A.S.M. (fls. 313/316), A.P. (fls. 353), A.D.V.D. (fls. 375), nada esclareceram, uma vez que não presenciaram os fatos.

Diante da minuciosa análise das provas produzidas ao longo da instrução criminal, entendo que a decisão proferida pelos senhores Jurados não pode ser tachada de manifestamente contrária às provas dos autos, pois, ao contrário do alegado, restou devidamente delineada a autoria e materialidade do delito pelo qual restou condenado.

A propósito, decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a justificar a submissão do réu a novo julgamento, somente pode ser entendida como aquela que não encontra nenhum apoio, ainda que mínimo, nos elementos probatórios produzidos ao longo da instrução criminal.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do Colendo STJ:

"*HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. ACOLHIMENTO DE UMA DAS TESES DEFENDIDAS EM PLENÁRIO. ARRIMO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRETENDIDA REDUÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*

[...]

3. Em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, uma vez que o Conselho de Sentença, de acordo com a narrativa dos fatos constante da pronúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, concluiu pela procedência da tese defendida pela acusação – decisão esta que, fundamentadamente, foi mantida pelo Tribunal a quo quando do julgamento do recurso de apelação –, mostra-se inviável

Acesso ao Sumário

que esta Corte Superior de Justiça proceda a um juízo de valor acerca da caracterização ou não da hipótese de legítima defesa (tese sustentada pela defesa em Plenário), sob pena de imiscuir-se indevidamente na competência constitucional assegurada ao Tribunal do Júri.

4. Para que a decisão do Conselho de Sentença seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que a versão acolhida não encontre amparo nos elementos fático-probatórios amealhados aos autos, o que, a toda evidência, não se verifica na espécie em análise, tendo em vista que a Corte estadual destacou, de forma fundamentada, que existem elementos concretos que dão arrimo à decisão dos jurados, tais como prova pericial e prova testemunhal produzidas em juízo.

5. Manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão que despreza as provas produzidas, não aquela que, claramente, opta por uma das versões apresentadas em Plenário, como verificado na espécie sub examine.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido."

(STJ, 6ª Turma, HC 170.447/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 02.05.2013; pub. DJe de 13.05.2013).

Assim sendo, a soberania dos veredictos, regra geral, deve ser preservada, razão pela qual somente quando evidenciado o total descompasso entre a prova produzida e a decisão proferida pelos Senhores Jurados que se admitirá a sua cassação.

Ao responderem os quesitos formulados (fls. 713/714), os jurados reconheceram a autoria e materialidade do delito de homicídio qualificado praticado contra a vítima L.A.M.R., acolhendo a tese condenatória sustentada pela acusação ao longo da instrução criminal, reconhecendo o dolo do agente e a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, afastando todas as teses defensivas.

Constata-se que a versão da acusação encontra embasamento nas provas amealhadas ao longo do processo.

Ademais, não se discute, na espécie, o acerto, ou não, da decisão dos jurados, mas apenas a existência de um lastro probatório, ainda que mínimo, a embasar a tese condenatória arguida pelo *Parquet* em Plenário, a qual foi reconhecida pelo Conselho de Sentença.

Verificada a existência de um conjunto probatório a embasar a tese condenatória acatada pelos jurados, não é permitido ao Tribunal *ad quem* cassar tal decisão sob a singela alegação de contrariedade manifesta às provas dos autos, sob pena de violar o preceito constitucional da soberania dos veredictos.

Logo, diante das provas amealhadas aos autos, estando a decisão embasada

Acesso ao Sumário

em subsídios verossímeis enfeixados no processo, ainda que não unânimes, não se pode cassá-la, sob pena de violação ao princípio da soberania dos veredictos do Júri, consagrado no art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal.

Nesse sentido, trago à colação a iterativa orientação jurisprudencial deste E. Tribunal de Justiça:

"*APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – TRIBUNAL DO JÚRI – ABSOLVIÇÃO – DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. – Nos crimes julgados pelo Tribunal do Júri, só se fala em anulação do veredicto quando os jurados optam por versão manifestamente contrária às provas dos autos. Quando há duas versões para o caso, o Conselho de Sentença é livre para optar por aquela que melhor lhe aprouver. – Recurso ministerial desprovido*". (TJMG, 1.ª C.Crim., Ap. n.º 1.0079.00.016387-7/002, Rel. Des. Flávio Leite, v.u., j. 23.10.2012; pub. DJe de 31.10.2012).

Portanto, não obstante as alegações insertas na apelação apresentada pela Defesa, deve o recorrente ser condenado à imputação atribuída na denúncia, na medida em que se vislumbrou a materialidade delitiva de forma firme e indubitável diante dos depoimentos e demais provas colacionados nos autos.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

"*A anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri sob o fundamento previsto no art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal, exige que o veredicto atente contra as evidências dos autos, revelando-se incoerente e arbitrária, sem nenhum respaldo no conjunto probatório*" (HC 143268/ES, 5ª T., j. 7.05.2010, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Quanto ao pleito pugnando pelo afastamento da qualificadora da surpresa, que o laudo de fls. 13/14 seja desconsiderado, não pode ser acolhida. Ao responderem aos quesitos, os jurados concluíram, por maioria (4 votos a 1), que: "O réu agiu mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, consistente em ter concorrido para que terceiros a agredissem de surpresa, pelas costas, quando esta não esperava tal atitude" (fls. 714).

Acesso ao Sumário

Nos moldes do quesito elaborado pelo Magistrado Presidente do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, depreende-se da prova amealhada que o ofendido foi alvejado por trás, em confronto com o relato da testemunha J.M.M. de que a vítima, ao atender um chamado, foi alvejada de surpresa por disparos de arma de fogo.

A qualificadora em comento foi sustentada durante toda a instrução e em plenário, vindo a ser reconhecida na sentença de pronúncia e acolhida pelo Conselho de Sentença. Ademais, fosse a qualificadora impertinente, como quer fazer crer a defesa, certamente teria sido decotada na sentença de pronúncia ou

pelo próprio Conselho de Sentença.

Dessa forma, a qualificadora, uma vez reconhecida pelos jurados, não pode ser afastada, nem o julgamento anulado, tendo em vista que a decisão proferida encontra amparo no conjunto probatório carreado aos autos.

Nesse direcionamento, impossível o afastamento da qualificadora da utilização do recurso que dificultou a defesa da vítima, como já decidido:

TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, 2º, INCS. II, III E IV). PEDIDO DE ANULAÇÃO DO CERTAME, AO ESCOPO DE QUE O RECONHECIMENTO DAS QUALIFICADORAS AFRONTOU A PROVA DOS AUTOS. RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA QUE SE MATERIALIZA NO ESFORÇO CONJUGADO DOS TRÊS DENUNCIADOS, QUE INVESTIRAM CONTRA ELA, EM SITUAÇÃO DE INVIGILÂNCIA [...]. RECURSO NÃO PROVIDO. (Ap. Crim. n., Rel. Des. Irineu João da Silva, j. 12.04.2011).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL E POR RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA (CP, ART. 121, 2º, II E IV). RECURSO DA DEFESA, COM BASE NO ART. 593, III, ALÍNEA D DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INVIABILIDADE. PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS QUE SUSTENTAM A TESE ACUSATÓRIA ACOLHIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. ADEMAIS, PLEITO VISANDO A EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL. RECONHECIDAS AS QUALIFICADORAS E O ANIMUS NECANDI PELOS JURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. SOBERANIA DO TRIBUNAL POPULAR (CF/88, ART. 5º, XXXVIII, C). CONDENAÇÃO MANTIDA. (TJSC, Apelação Criminal n., de Palhoça, j. 05-02-2013).

Assim, não havendo qualquer disparidade entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos durante a instrução que autorizem a nulidade do julgamento, a decisão haverá de ser mantida em homenagem ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

"*RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. NÃO CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 593, III, 'D', DO CPP. OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. VEDAÇÃO.*

1. As circunstâncias qualificadoras, devidamente reconhecidas pelo Plenário do Júri, somente podem ser excluídas, em sede de apelação, com base no art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal, quando absolutamente

Acesso ao Sumário

improcedentes, sem amparo nos elementos dos autos, o que não se verifica na espécie.

2. Nunca é demais lembrar que 'manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão arbitrária, dissociada do conjunto fático-probatório produzido, não aquela que apenas diverge do entendimento firmado pelo órgão julgador a respeito da matéria.' (REsp 212.619/PR, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJ 4/9/2000)

3. No caso, reconhecida a qualificadora do motivo torpe pelo Tribunal do Júri em conformidade com os fatos apresentados, não poderia o Tribunal de origem, via recurso de apelação, desconstituir a escolha dos jurados, procedendo interpretação que, sob sua ótica, se coaduna melhor à hipótese dos autos.

4. Recurso a que se dá provimento para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão proferida pelo Tribunal do Júri." (REsp 785122 – STJ – SEXTA TURMA – Ministro OG FERNANDES – PUBL. 22/11/2010).

"*APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – ART. 121, § 2º, II, III E IV, DO CP – PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO POR QUEBRA DE INCOMUNICABILIDADE ENTRE JURADOS E/OU POR CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA HOMICÍDIO CULPOSO – PRETENSÕES IMPROCEDENTES – INOCORRÊNCIA DE NULIDADES – EMOÇÃO DE JURADA EXTERNADA DE FORMA DISCRETA – VERSÕES COM LASTRO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A ESCOLHA DE UMA DAS TESES PELOS JURADOS – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – DOLO CARACTERIZADO – QUALIFICADORAS SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS NO BOJO DO PROCESSO – MÉRITO – (...) A conclusão do Júri, quanto ao reconhecimento de qualificadora(s), advém da exaustiva análise do conjunto fático-probatório contido no processo, só podendo ser decotada(s) quando houver uma diversidade gigantesca de provas, o que não é o caso dos autos.* (...)." (TJ/MS – AC nº 2011.020709-3/0000-00 – Cassilândia – Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes – julgamento 29/08/2011).

"*Se os jurados optam por uma das versões constantes dos autos, em detrimento da trazida pela defesa ou pela acusação, estando ambas amparadas em diversos elementos de prova, não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos. – Recurso improvido.*" (TJMG; APCR 1.0105.08.249598-4/0011; Governador Valadares; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Hélcio Valentim; Julg. 26/11/2009; DJEMG 29/01/2010).

Acesso ao Sumário

Desse modo, em razão do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, e constatada a inexistência do alegado *error in procedendo*, deve ser

mantida a condenação, tal como decidido pelo E. Conselho de Sentença.

Passo à análise da pena.

No que tange à fixação da reprimenda, a mesma não merece reparos, isto porque foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 12 (doze) anos de reclusão.

Devendo ser mantido o regime prisional inicial fechado para o cumprimento da pena.

Do prequestionamento

A Defesa de L. prequestionou, para todos os efeitos, o art. 1º do Código Penal e o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme já exposto, a legalidade da decisão recorrida foi exaustivamente examinada, cabendo destacar que a sentença foi proferida em estrita observância ao princípio da legalidade, garantindo ao acusado os direitos constitucionais e legais e individualizando a pena de acordo com o previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Cabe ressaltar que o julgador não está obrigado a tecer minúcias acerca de todas as teses de defesa aventadas ou a indicar em sua decisão todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais suscitados, bastando apreciar as questões que forem impugnadas, justificando seu convencimento.

Manifestando-se sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: *No que tange ao "prequestionamento numérico", é posicionamento assente nesta Corte de que não é necessário ao julgador enfrentar os dispositivos legais citados pela parte ou obrigatória a menção dos dispositivos legais em que fundamenta a decisão, desde que enfrente as questões jurídicas postas na ação e fundamente, devidamente, seu convencimento*. (AgRg no REsp 1305728/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Assim, estão devidamente examinadas as questões postas para julgamento.

3 – Ante o exposto, afasto a preliminar arguida, e nega-se provimento ao recurso interposto por W.M.M., mantendo-se a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010729-34.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado RENATO DA SILVA PINTO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao apelo ministerial para, mantida a condenação, cassar a substituição da pena privativa de liberdade e fixar o regime fechado para início de cumprimento da pena – V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), AMARO THOMÉ e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas – Recursos defensivo e ministerial – PRELIMINAR DE ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS – Inadmissibilidade – Pleito que deve ser direcionado ao Juízo da Execução – Preliminar rejeitada.

Mérito – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Validade dos depoimentos dos policiais – Prova oral a indicar que as drogas tinham por destino a entrega a consumo de terceiros – Pena mantida – CASSAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA – Cabimento. Fatos graves, desencadeadores de uma série de outros delitos, não se mostrando suficiente e necessária à reprovação do delito a substituição da pena – FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO – Possibilidade. Gravidade em concreto dos fatos a justificar o regime mais gravoso – Recurso defensivo desprovido e provimento ao apelo ministerial.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 73/80 condenou **Renato da Silva Pinto**, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 02 salários mínimos, e pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal.

Inconformadas, apelam as partes.

O Ministério Público postula a cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime inicial fechado (fls. 104/109).

O réu, por sua vez, pleiteia, preliminarmente, o afastamento da condenação pelas custas processuais, por ser beneficiário da justiça gratuita. No mérito, postula a absolvição por não haver prova da existência do fato ou por insuficiência probatória (fls. 118/130).

Contrariados os recursos (fls. 128/130 e 134/138), subiram os autos, tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento do apelo defensivo e pelo provimento do recurso ministerial (fls. 144/149).

É o relatório.

O pedido, em sede preliminar, de isenção das custas não comporta deferimento.

Referido pleito está condicionado à situação financeira do apenado, devendo ser apurada no momento da execução e direcionada àquele Juízo.

Nesse diapasão:

"[...] *CUSTAS JUDICIAIS – ISENÇÃO – Impossibilidade: Sendo a condenação ao pagamento de taxa judiciária decorrente de previsão da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e da Lei 11.608/03, deve ser imposta no momento da condenação penal, cabendo ser diferida ao juízo da execução a análise sobre eventual isenção decorrente da situação financeira do condenado.* [...]." (Apelação n.º 9138687-23.2008.8.26.0000, 15.ª Câm. Crim. Relator: J. Martins. j. 26.05.2011, v.u.).

Além disso, após a sentença condenatória pode ele perfeitamente ser chamado a efetuar o respectivo pagamento no prazo de 05 (cinco) anos, desde que adquira condições de fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio e familiar.

No mesmo sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSO PENAL. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDENAÇÃO. ART. 804 DO CPP E ART. 12 DA LEI 1.060/50. PRECEDENTES. 1. O réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto durar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Precedentes. 2. A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação. 3. Recurso*

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

conhecido e provido".

Posto isto, rejeita-se a preliminar.

No mérito, a imputação é de que, no dia 15 de março de 2012, por volta das 21h, na Rua Ari Vieira Barbosa, próximo da Praça Padre Paulo na cidade e comarca de Santos, Renato guardava substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, para entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narra a peça acusatória que policiais civis receberam denúncia no sentido de que, no local citado, havia ilícito comércio de drogas, indicando as características do traficante. Lá chegando, logo visualizaram o réu, que tinha as características denunciadas. Na campana, notaram que ele fazia movimentação típica de venda de drogas: ele atendia pessoas, delas recebia alguma coisa, ia até um muro nas proximidades e retornava, entregando algo para seus interlocutores.

Foi abordado, apreendendo-se em seu poder R$ 30,00 em dinheiro. No muro por ele visitado, apreenderam 19 papelotes de cocaína, embalados para entrega a consumo de terceiros.

A materialidade delitiva foi atestada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 13); laudo de constatação (fls. 15); e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 31).

Igualmente demonstrada a autoria.

Na fase extrajudicial, o acusado optou por permanecer em silêncio (fls. 07).

Em juízo, alegou que estava reunido com os amigos para jogar bola, quando foram abordados pelas policiais, que estavam em veículo descaracterizado. Negou portar ou vender drogas (mídia a fls. 90).

Tal negativa, entretanto, foi infirmada pela prova oral.

As policiais civis Rita de Cassia Cardoso e Rosangela Boso Moreira afirmaram ter recebido denúncia anônima sobre tráfico de drogas no local. As depoentes para lá se dirigiram e avistaram o réu, que ostentava as mesmas características físicas e de vestimentas fornecidas na delação, havendo correlação, inclusive, com o prenome. Observaram o acusado em atitude típica de traficância, pois, por duas vezes, pegou algo entregue pelas pessoas que dele se aproximavam, foi a um muro, pegou algo e o entregou ao interlocutor. O réu foi abordado, quando atendia a testemunha Darlô, sendo apreendida em seu poder a quantia de R$ 30,00. No muro, as depoentes encontraram as 19 porções de cocaína. Durante a condução do réu, este admitiu a prática dos fatos para o pai e o irmão que apareceram no local (mídia a fls. 90).

Acesso ao Sumário

E não há que se desmerecer a palavra dos policiais, pois não são suspeitos, apenas pela função que ocupam. Ao revés, por serem agentes públicos investidos

em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

Em pertinência ao tema:

"*Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. Precedentes.*" (STF, HC 74438/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. em 26.11.1996).

Já as demais testemunhas pouco contribuíram para a alteração de tal quadro probatório.

Simone Gomes da Silva não viu os fatos anteriores à abordagem nem a apreensão das drogas (mídia a fls. 90).

Darlô, Rogério Andrade e André Silva são amigos do acusado e, assim, natural o intuito de não querer incriminá-lo (mídia a fls. 90).

E, como bem constou da sentença, o simples fato de terem sido todos abordados e revistados só reforça a credibilidade dos relatos dos policiais, cujos depoimentos convergiram nesse sentido.

De outro vértice, não há dúvidas de que a condenação foi medida de rigor.

Havia denúncias anônimas de que o acusado (indicado pelo prenome) traficava drogas no local e as características físicas fornecidas na notícia correspondiam às do réu.

Mais contundente, ainda, é o fato de que os policiais visualizaram Renato em atitudes típicas de mercancia, na medida em que travava contatos com pessoas que dele se aproximavam, pegava algo, se dirigia a um muro, retirava algo e o entregava ao interlocutor. E, justamente neste muro, as policiais encontraram as diversas porções de cocaína. Estas estavam embaladas individualmente, prontas, portanto, para serem comercializadas, não se olvidando que em poder do acusado foi apreendida quantia em espécie.

Por fim, ressalte-se que as supostas contradições apontadas pela defesa não têm razão de ser.

As testemunhas policiais foram claras ao afirmar que no momento da campana apenas garoava, não havendo risco de a cocaína "se diluir em contato com a água da chuva", até mesmo porque elas estavam embaladas.

Os dois usuários que adquiriram entorpecente do apelante não puderam

ser abordados, pois foram embora em sentido oposto ao que estavam os policiais. Ademais, abrigando o local um conjunto de casas populares, conhecido ponto de tráfico, qualquer precipitação na abordagem poderia prejudicar a prisão em flagrante do acusado. Aliás, a policial Rita afirmou que esperou o apelante praticar dois atos de mercancia para saber se ele guardava as drogas em um único lugar ou se a espalhou por diversos pontos da rua.

Por fim, a controvérsia se o apelante Renato, Darlô e Luciano foram conduzidos à delegacia algemados ou não versa sobre aspecto secundário e não tem o condão de invalidar o cerne dos depoimentos das policiais. Por óbvio, Darlô e Luciano foram liberados na delegacia de polícia, haja vista inexistirem indícios de que traficavam droga, situação esta diametralmente oposta à do apelante.

Condenação, portanto, bem lançada.

A reprimenda, por sua vez, não foi questionada e, assim, fica mantida, pois, fixada no piso legal, sofreu redução na fração máxima pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Convém agora analisar os pleitos do *Parquet*, os quais merecem provimento.

Em relação ao regime inicial, o caso em concreto demanda a fixação do inicial fechado.

Trata-se de crime que constitui verdadeiro cancro social e fomenta a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte do acusado, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda.

Pelos mesmos motivos, ou seja, pela hediondez e gravidade em concreto dos fatos, a substituição da pena não se mostra recomendável, valendo lembrar que a aplicação da causa de redução prevista no § 4º do art. 33 acarreta tão somente a diminuição da pena, não implicando desnaturação do crime cometido.

Em que pesem as considerações do juiz sentenciante, simples prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária não se mostram suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do delito.

Ante o exposto, pelo meu voto**, rejeito a preliminar**, **nego provimento ao recurso defensivo** e **dou provimento ao apelo ministerial** para, mantida a condenação, cassar a substituição da pena privativa de liberdade e fixar o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0060992-25.2012.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante LUCIANO GOMES DE AZEVEDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, absolvendo o apelante do delito descrito no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03, com fulcro no art. 386, III, do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3095)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Posse ilegal de munição – Apreensão de munição de uso permitido no interior de residência – Presunção de boa-fé – *Abolitio criminis* pela inexistência de prazo legal para entrega às autoridades – Entendimento do art. 32 da Lei n. 10.826/03, após a redação dada pela Lei n. 11.706/08.

Após a alteração empreendida no texto do art. 32 da Lei n. 10.826/03 pela MP n. 417/08 (convertida na Lei n. 11.706/2008), cumpre seja extinta a punibilidade daquele que possua irregularmente munição ou arma de fogo de uso permitido, cuja numeração não tenha sido obliterada ou raspada, uma vez que seu possuidor pode ainda, a qualquer tempo, entregá-la espontaneamente à autoridade.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 111/115, prolatada pelo MM. Juiz Brenno Gimenes Cesca, cujo relatório ora se adota, LUCIANO GOMES DE AZEVEDO foi condenado como incurso no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03, às penas de 01 ano e 04 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e de 12 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformado, apelou o réu em busca de sua absolvição por atipicidade da conduta ou insuficiência de provas. Subsidiariamente, requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso merece prosperar.

Restou demonstrado que, na data dos fatos, em cumprimento de mandado de prisão, policiais civis apreenderam, na residência do apelante, na estante da sala de estar, um cartucho íntegro de munição de arma de fogo, calibre 38, marca CBC, conforme auto de fls. 31/32 e laudo de fls. 91.

Impõe-se absolvição do ora apelante em relação ao delito tipificado no art. 12 da Lei n. 10.826/03, uma vez que a conduta descrita na sentença passou a se revestir de atipicidade, após o advento da Lei n. 11.706/08.

Na medida em que a munição não era de uso restrito e que sua apreensão teria se dado no interior da casa do acusado, entendo que a conduta do agente estaria amparada pela excludente prevista no art. 32 da Lei n. 10.826/03.

Referido texto legal, que entrou em vigor em 23 de dezembro de 2003, dispunha em sua redação original que:

> Art. 30 da Lei n. 10.826/03: "Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos."
>
> Art. 32 da Lei n. 10.826/03: "Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei."

O prazo de 180 dias (art. 30) para solicitar o registro da arma de fogo foi primeiramente prorrogado até o dia 23 de junho de 2005 (Lei n. 11.118/05), uma segunda vez até o dia 31 de outubro de 2008 (Lei n. 11.706/08) e, finalmente, até o dia 31 de dezembro de 2009 (Lei n. 11.922/09), não tendo havido nova dilação, desde então.

No que concerne, todavia, ao prazo para solicitar a indenização pela entrega espontânea de armas de fogo (art. 32), o legislador optou por, após uma primeira prorrogação (até o dia 23 de outubro de 2005, nos termos da Lei n. 11.191/05), empreender nova alteração no texto do art. 32 da Lei n. 10.826/03 (MP n. 417/08, convertida na Lei n. 11.706/08), pela qual se determinou a extinção da punibilidade pela eventual posse irregular de boa-fé de arma de

Acesso ao Sumário

fogo, na hipótese de haver sua entrega espontânea à autoridade, quando caberá, inclusive, pagamento de indenização.

> Art. 32 da Lei n. 10.826/03: “Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.” (Redação atual, dada pela Lei nº 11.706, de 2008)

Na medida em que o legislador de 2008 simplesmente deixou de estabelecer qualquer prazo para que eventuais possuidores ou proprietários de armas de fogo as entreguem às autoridades, passou a prevalecer na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que tal opção poderá ser por eles exercida a qualquer tempo.

Assim sendo, conquanto a possibilidade do possuidor regularizar o registro da arma tenha se esgotado em dezembro de 2009, a conduta do agente que vier a ser surpreendido de boa-fé na posse irregular de arma de fogo passou a ser considerada atípica, em razão de verdadeira *abolitio criminis*.

Não se enquadram em tal hipótese apenas aqueles que forem flagrados na posse de arma de uso restrito ou cuja numeração foi obliterada ou raspada, uma vez serem tais situações evidentemente incompatíveis com a boa-fé.

Nesse sentido tem decidido o Col. STJ:

> **Penal – Posse de arma de fogo com numeração raspada – *Abolitio criminis* temporária – Não ocorrência.**
>
> É típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, praticada pelo recorrido em 7/9/2006, pois, em relação a esse delito, a *abolitio criminis* temporária cessou em 24/10/2005 (AgRg no REsp 1360541/MG, Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira, STJ, 6ª Turma; data do julgamento: 21 Fev. 2013; publicado: DJe 01 Mar. 2013).

Não há que ser objetado, tampouco, que a apreensão não versaria arma de fogo, mas munição.

O tipo penal incriminador do art. 12 da Lei n. 10.826/03 prevê em seu preceito primário, com efeito, consistir crime a conduta de possuir ou manter sob guarda tanto a arma de fogo, como seus respectivos acessórios ou munições de uso permitido.

A excludente prevista no mencionado art. 32 deve ser, pois, interpretada extensivamente, de modo que aludido exercício da opção de entrega às autoridades abranja, de igual modo, eventuais possuidores de munição, desde que esta seja de uso permitido.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, absolvendo-se o apelante do delito descrito no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03, com fulcro no art. 386,

III, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006685-14.2011.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante/apelada MARINA ROSA DA CRUZ CORREA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso ministerial para fixar a pena privativa de liberdade da ré em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso legal, e negaram provimento ao recurso defensivo, mantida, no mais, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.993)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 26 de junho de 2014.

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Ementa: APROPRIAÇÃO INDÉBITA – Sentença condenatória – Pedido de extinção da punibilidade nos termos do disposto no artigo 168-A, § 2º, do CP – Impossibilidade – Delito praticado por terceiro e não pelo próprio contribuinte, de modo que não se trata de apropriação indébita previdenciária – Ré que inverteu o domínio das quantias em dinheiro de que tinha a posse em razão da profissão de contadora – Materialidade e autoria demonstradas – Prova suficiente para o decreto condenatório – Arrependimento posterior caracterizado, já que a acusada se comprometeu em recolher todos os tributos pendentes, de forma que, embora o dano ainda não tenha sido integralmente reparado, a vítima se deu por satisfeita com o acordo celebrado entre as partes antes do recebimento da denúncia, possibilitando a aplicação do referido instituto – Condenação mantida.

PENA E REGIME PRISIONAL – Pena-base fixada no

Acesso ao Sumário

mínimo legal, com a compensação, na terceira fase, da causa de aumento prevista no artigo 168, § 1º, inciso III, do CP, pelo arrependimento posterior (artigo 16 do CP) – Aumento, no entanto, do acréscimo de 1/3 (um terço) para 2/3 (dois terços) pela continuidade delitiva, considerando a prática de várias apropriações durante longo tempo – Manutenção da substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos, bem como o regime aberto na hipótese de conversão da benesse – Apelo defensivo improvido – Recurso ministerial parcialmente provido.

VOTO

Cuidam-se de recursos de apelação da r. sentença de fls. 64vº/65vº, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou a ré **Marina Rosa da Cruz Correia** como incursa nas penas do artigo 168, § 1º, inciso III, c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal, a cumprir, em regime aberto, 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso legal, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo.

Inconformados, o Ministério Público e a ré apelam: o primeiro buscando o afastamento da causa de diminuição de pena do arrependimento posterior, bem como o aumento máximo de 2/3 (dois terços) pela continuidade delitiva; enquanto a segunda requer a extinção da sua punibilidade pela reparação do prejuízo, ou ainda, a absolvição por insuficiência de provas (fls. 77/82 e 85/91).

Os recursos foram recebidos (fls. 75) e regularmente contrariados (fls. 92/94 e 96/99).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso ministerial e o improvimento do recurso defensivo (103/107).

É o relatório.

Incialmente, insta consignar que a hipótese não é de extinção da punibilidade pelo disposto no artigo 168-A, § 2º, do Código Penal, eis que inaplicável ao artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Isto porque, no caso em apreço, o delito foi praticado por terceiro e não pelo próprio contribuinte, de modo que não se trata de apropriação indébita previdenciária e nem de crime contra a ordem tributária, como sustenta a Defesa. Ademais, incidia entre as partes contrato de prestação de serviços, no qual a ré se obrigava a recolher valores de que tinha a posse em razão da sua profissão de

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

contadora.

No mais, o recurso da Defesa não comporta provimento, ao passo que o ministerial deve ser parcialmente provido.

Ficou demonstrado nos autos que a ré **Marina Rosa da Cruz**, no período compreendido entre maio de 2003 a abril de 2011, apropriou-se da quantia de R$ 3.096,00 (três mil e noventa e seis reais) – que seria destinada à Receita Federal; R$ 4.925,40 (quatro mil, novecentos e vinte e cinco reais e quarenta centavos) – que seria destinada ao INSS; além de quantia não apurada – referente a tributos que deveriam ser pagos à Prefeitura Municipal de Tatuí/SP –, sendo certo que tinha a posse desses valores em razão da sua profissão de contadora.

A materialidade do delito restou consolidada pelo boletim de ocorrência de fls. 03/04; documentos de fls. 06/14, que demonstram a inexistência de recolhimento de tributos, cujos valores foram repassados pela vítima à sua contadora (ré); bem como pela declaração inserta a fls. 22/24, na qual a acusada se compromete em saldar as dívidas com o INSS, Receita Federal e Prefeitura Municipal de Tatuí/SP.

A autoria, de igual modo, é incontroversa, já que a própria acusada, tanto na delegacia, como em juízo, confirmou que trabalhava como contadora, tendo recebido da vítima, no período compreendido entre os anos de 2003 a 2011, valores para pagamentos de tributos, cujos recolhimentos não foram efetuados por ela. Asseverou, ainda, que realizou um acordo com a ofendida e está saldando os débitos pendentes (cf. fls. 21 e mídia digital anexa na contracapa do processo).

Ora, a confissão judicial, como se sabe, é elemento importantíssimo de prova, que somente pode ser afastada por circunstâncias excepcionais que tornem duvidoso seu valor. Assim, se vem ao encontro das outras provas produzidas, não há razão para afastar a confissão, pois ninguém iria assumir a autoria de um crime sem que efetivamente o tivesse cometido.

De qualquer forma, essa confissão foi amplamente prestigiada pelas demais provas dos autos, notadamente pelas declarações da ofendida Clélia Aparecida Rodrigues de Paula, que informou que mensalmente entregava certa quantia em dinheiro para que a acusada, que era sua contadora, realizasse os recolhimentos de vários tributos. Porém, no ano de 2011 requereu um benefício no INSS, oportunidade em que descobriu que diversos tributos não foram recolhidos pela acusada desde o ano de 2003.

Acesso ao Sumário

De acordo com ela, a ré admitiu que realmente não efetuou esses pagamentos, mas é certo que após o registro da ocorrência ambas fizeram um acordo, que está sendo honrado pela acusada (cf. mídia digital anexa na contracapa do processo).

A testemunha da Defesa, Ivo Mendes, advogado da ofendida, confirmou

que as partes realizaram um acordo, que está sendo cumprido pela ré (cf. mídia digital anexa na contracapa do processo).

Percebe-se, assim, que a confissão da ré, aliada às declarações da vítima, bem como aos documentos insertos a fls. 06/14 e 22/24, demonstraram, de maneira segura, que ela realmente se apropriou indevidamente das quantias em dinheiro que deveriam ser usadas para o pagamento de tributos devidos pela ofendida, agindo com o *animus rem sibi habendi*, como se viu acima.

A causa de aumento de pena, de igual modo, restou evidenciada nos autos, posto que a acusada, em razão da sua profissão, já que prestava serviços para a ofendida como contadora, recebeu as quantias em dinheiro, apropriando-se indevidamente delas.

Feitas essas considerações, passa-se à análise da pena.

A pena foi fixada no mínimo legal, sem alteração na segunda fase pela confissão espontânea da ré (cf. mídia digital anexa na contracapa do processo e artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal), a teor do disposto na Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, compenso o acréscimo da causa de aumento prevista no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, pelo arrependimento posterior, eis que a acusada se comprometeu voluntariamente a recolher todos os tributos pendentes (cf. documento de fls. 22/24), sendo certo que, embora o dano ainda não tenha sido integralmente reparado, a vítima se deu por satisfeita com o acordo celebrado entre as partes, de modo que, ao contrário do sustentado pelo Ministério Público de 1ª Instância, é possível a aplicação do referido instituto.

Finalmente, aplicando-se a regra da continuidade delitiva, elevo a pena de um dos crimes em 2/3 (dois terços), como também postulado no recurso ministerial, considerando a prática de várias apropriações (que perduraram no período compreendido entre maio de 2003 a abril de 2011), permanecendo, em definitivo, em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso legal.**

Por preencher os requisitos legais (cf. artigo 44 do Código Penal), mantenho a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo da sanção corporal, e em prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo.

Na hipótese de revogação da benesse, o regime inicial para o cumprimento da sanção corporal deverá ser mesmo o **aberto**, tendo em conta o *quantum* da pena fixada e a primariedade da ré (cf. artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal).

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial para fixar a pena privativa de liberdade da ré em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de**

reclusão e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso legal, e nega-se provimento ao recurso defensivo, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3015634-41.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante FABIO BARBOSA FURTADO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir as penas de Fabio Barbosa Furtado para 6 (seis) anos de reclusão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.066)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ESTUPRO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – IMPÕE-SE A REDUÇÃO DA PENA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por Fabio Barbosa Furtado contra a r. decisão monocrática de fls. 195/207, que julgou parcialmente procedente a inicial e condenou-o, como incurso no art. 213, *caput*, do Cód. Penal, a 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, negado o direito de recorrer em liberdade.

O acusado foi absolvido da imputação de se achar incurso no art. 157, *caput*, do Cód. Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Cód. de Proc. Penal.

Pugna, em suma, pela absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória, bem como de atipicidade da conduta do acusado (fls. 333/348).

Pleiteia, subsidiariamente, a desclassificação da imputação inicial para o crime previsto no art. 146, *caput*, ou 148, § 1º, V, ambos do Cód. Penal, ou a redução da pena.

Acesso ao Sumário

Contra-arrazoado o recurso (fls. 351/354), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 366/372).

É, em síntese, o relatório.

O apelo não procede.

A r. sentença, que apreciou a prova com critério e bem decidiu o presente processo, não merece qualquer reparo.

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, o apelante, mediante violência e grave ameaça, constrangeu a vítima M.A.C. à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A vítima caminhava pela via pública, quando foi surpreendida pelo acusado, que lhe agarrou, tampou sua boca com a mão, e arrastou-lhe para um matagal em um terreno baldio.

Depois de tentar gritar por ajuda, sendo que o acusado permanecia apertando-lhe a boca, a vítima foi obrigada a masturbá-lo, até a ejaculação.

Após a prática do referido ato, o acusado foi surpreendido por uma testemunha, que munida com uma machadinha, acertou-lhe um golpe nas costas.

O acusado correu em direção ao seu veículo e empreendeu fuga, sendo que a testemunha conseguiu, ainda, desferir um golpe com a machadinha contra o vidro do veículo, que estilhaçou.

Policiais militares, em diligência orientada para a elucidação do crime em tela, localizaram o acusado em sua residência, tentando retirar os estilhaços de vidro do veículo, tendo encontrado, também, próximas ao réu, vestimentas com sangue.

A vítima e a testemunha reconheceram o recorrente (fls. 17/18).

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações da vítima M.A.C. (fls. 7/8, 68 e 194/CD), corroboradas pelos depoimentos da testemunha protegida nos termos do Provimento C.G.J. 32/00 (fls. 6 e 194/CD), bem como pelo testemunho dos policiais militares Marcio Henrique da Silva (fls. 3 e 194/CD) e Francisco Abel da Silva Sanches (fl. 5), este último ouvido somente na fase extrajudicial da persecução penal.

Ademais, nada há nos autos a indicar, por parte da vítima e demais testemunhas, qualquer motivo concreto para, indevidamente, prejudicar o acusado.

No que tange aos depoimentos das testemunhas não presenciais, referiram circunstâncias compatíveis com a ocorrência do fato em tela.

Quanto à versão exculpatória deduzida pelo acusado em juízo (fl. 194/CD), após sugestivo silêncio na fase extrajudicial (fl. 9), no sentido de negar a prática delitiva e afirmar que teria combinado certo valor com a vítima para

Acesso ao Sumário

a prática de sexo oral, sendo que, após o ato, ela teria exigido mais dinheiro, passando, com a negativa do acusado, a gritar, porque isolada e afastada, com segurança, pela prova oral da acusação, não comporta acolhimento.

A prova oral da defesa não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório (fl. 194/CD).

No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 16) e laudo pericial (fl. 61/verso).

Importa considerar, a propósito, que a sede das lesões corporais suportadas pela vítima, "*escoriações com crostas hemáticas, medindo cerca de 0,5cm cada, em região maxilar direita, região nasal e lábio superior à esquerda*" (fl. 61), é compatível com a prova oral da acusação.

Como se vê, a condenação do recorrente, nos moldes em que se deu em primeiro grau de jurisdição, era de rigor, razão pela qual não há que se falar em desclassificação.

No que tange à qualificação jurídica da conduta do acusado, não há dúvida de que agiu com o dolo próprio do crime de estupro.

Importa anotar, a propósito, que o tipo penal previsto no art. 213, do Cód. Penal, exige o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, com a finalidade de ter conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso que importe em satisfação da lascívia equivalente à promovida pela conjunção carnal, o que, à evidência, restou suficientemente comprovado no caso em questão.

Não há como se acolher, também, a tese defensiva de incidência do princípio da insignificância.

Pelo que verte dos autos, a conduta do réu, consideradas as características do caso em tela, possui razoável grau de inadequação social.

No que concerne à dosimetria da pena, merece reparo.

A pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, pois as circunstâncias do caso em tela não lhe conferem contornos de gravidade diferenciada, além da própria do tipo penal em questão.

O regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o inicial fechado, em conformidade com o disposto no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, é o legal e apresenta-se como compatível com o caso em tela.

Face ao exposto, meu voto dá parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir as penas de Fabio Barbosa Furtado para 6 (seis) anos de reclusão, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021785-19.2012.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes/apelados THAUMATURGO VICENTE SANTOS BARBOSA, Apelantes ALLAN NASCIMENTO CORTEZ e Apelantes/Apelados JOSÉ LUCIANO DA SILVA BASTOS, Apelantes WEDIVARGAS DE OLIVEIRA E SOUZA, ANDRÉ OTONI FERREIRA, ANDRÉ ALMEIDA DE MORAIS, ANTONIO LUCÉLIO DE OLIVEIRA SOUZA e JOSÉ BENEDITO DE OLIVEIRA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "(a) negaram provimento ao recurso do Ministério Público e (b) deram parcial provimento aos recursos das defesas, para alterar as penas de (i) Wedivargas, para 23 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 2.347 dias-multa; (ii) André Otoni, para 19 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, mais o pagamento de 2.212 dias-multa; (iii) José Benedito, para 10 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.500 dias-multa; (iv) José Luciano, para 08 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa; (v) Allan, para 08 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa; e (vi) Thaumaturgo, para 03 anos de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença guerreada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1367)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), RENÊ RICUPERO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 3 de julho de 2014.

LAERTE MARRONE, Relator

Ementa: Apelações. Crimes de associação para o tráfico de drogas (artigo 35, da Lei nº 11.343/06), tráfico de drogas (artigo 33, da Lei nº 11.343/06) e lavagem de capitais (artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98). PRELIMINARES. 1. Não se afigura obrigatória a realização de perícia de identificação de voz, quando existirem outros elementos a firmar a autoria, o que sucede no caso vertente. 2. Afigura-se válida a prova obtida, no curso das interceptações telefônicas, contra coautor ou partícipe do delito diverso da pessoa que justificou a medida cautelar. MÉRITO. 3. Quadro probatório suficiente a evidenciar a responsabilidade

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

penal dos réus Wedivargas, André Otoni, Allan, André Almeida, Antonio Lucélio, José Benedito e José Luciano quanto aos crimes de associação para o tráfico e tráfico de drogas. 4. Pedido de condenação dupla do réu José Luciano pelo tráfico de drogas que não vinga, posto não possuir a ação descrita na denúncia oferecida somente contra este acusado autonomia penal em relação às condutas encerradas na segunda denúncia 5. Demonstrada a autoria dos réus Wedivargas, André Otoni e Thaumaturgo quanto ao crime de lavagem de capitais. 6. Penas-bases bem fixadas acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias e a extensão dos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico. 7. Definido que os acusados associaram-se para o tráfico de drogas, numa ação que tipifica o delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, não é possível cogitar-se da causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, § 4º. 8. Gravidade da infração antecedente não é critério de fixação de pena nos crimes de lavagem de dinheiro, devendo ser minorada as penas-bases de Wedivargas e André Otoni. 9. Não comprovada a reincidência do réu José Benedito, mas tão somente maus antecedentes, de rigor expurgar-se do cálculo da pena a circunstância agravante e, em razão dos maus antecedentes, proceder-se a elevação da sua pena-base. 10. Réus Allan, José Luciano e Thaumaturgo menores de 21 anos de idade na data dos fatos, havendo que incidir, em seu favor, a circunstância atenuante da menoridade relativa. 11. Recurso ministerial não provido e recursos defensivos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A r. sentença (fls. 644/666), cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação para (i) CONDENAR: (1) **WEDIVARGAS DE OLIVEIRA E SOUZA** às penas de 26 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 2.356 (dois mil, trezentos e cinquenta e seis) dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, e no artigo 1º, da Lei nº 9.613/98, na forma do artigo 69 do Código Penal; (2) **ANDRÉ OTONI FERREIRA** às penas de 22 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 2.220 (dois

mil, duzentos e vinte) dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, *caput,* e 35, *caput,* ambos da Lei nº 11.343/06, e no artigo 1º, da Lei nº 9.613/98, na forma do artigo 69 do Código Penal; (3) **THAUMATURGO VICENTE SANTOS BARBOSA** às penas de 03 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 12 dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso no artigo 1º, da Lei nº 9.613/98, sendo que a pena corporal foi posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade em entidade com destinação social e prestação pecuniária, no valor equivalente a um salário mínimo da data do pagamento, a reverter em favor de entidade com destinação social; (4) **JOSÉ BENEDITO DE OLIVEIRA** às penas de 11 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.633 (um mil quatrocentos (sic) e trinta e três) dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal; (5) **ALLAN NASCIMENTO CORTEZ** às penas de 09 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.400 (um mil e quatrocentos) dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal; (6) **ANTONIO LUCÉLIO DE OLIVEIRA SOUZA** às penas de 09 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.400 (um mil e quatrocentos) dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal; (7) **ANDRÉ ALMEIDA DE MORAES** às penas de 09 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.400 (um mil e quatrocentos) dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput,* da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal; e (8) **JOSÉ LUCIANO DA SILVA BASTOS** às penas de 09 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.400 (um mil e quatrocentos) dias-multa, arbitrados no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, *caput,* e 35, *caput,* da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal; e (ii) ABSOLVER (A) **JOSÉ LUCIANO DA SILVA BASTOS**, da acusação referente a um dos crimes a ele imputado, previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal; e (B) **THAUMATURGO VICENTE DOS SANTOS BARBOSA**, das imputações relacionadas aos crimes previstos nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Apelaram todos os acusados e o Ministério Público.

O Ministério Público, em seu recurso, insurge-se contra as absolvições dos réus **José Luciano** e **Thaumaturgo**. Requer sejam condenados em relação

aos crimes por cujas acusações foram absolvidos e pleiteia, subsidiariamente, seja a pena imposta ao réu **Thaumaturgo** aumentada, de forma a ser-lhe negada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como lhe seja fixado regime prisional diverso do mais brando para o início do cumprimento da pena (fls. 682/689).

A defesa de **José Benedito** (fls. 709/721) bate-se, preliminarmente, pela realização de perícia fonética para que se comprove se a voz constante das interceptações telefônicas realmente é do réu, requerendo a conversão do julgamento em diligência. No mérito, pleiteia a sua absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas, ante a ausência de provas suficientes a embasar a condenação, e requer a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Subsidiariamente, afirma não ser o réu reincidente, e sim portador de maus antecedentes, bem como pleiteia a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo.

O defensor de **André Almeida** requer a absolvição do réu, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ou, subsidiariamente, a incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em favor do acusado (fls. 733/740).

A defesa de **André Otoni** (fls. 744/757) alega, preliminarmente, a ilegalidade das escutas telefônicas, uma vez que, não individuado propriamente o sujeito passivo, não foram elas judicialmente autorizadas em relação ao réu. Argumenta que, realizada a interceptação em número que criam ser de propriedade de **Allan**, posteriormente descobriram tratar-se de número do acusado, contra quem jamais foi deferida a medida, bem como tampouco era objeto de investigação do inquérito policial que ensejou a presente ação. No mérito, pleiteia a absolvição do réu quanto aos crimes que lhe são imputados, ante a ausência de provas, e, subsidiariamente, requer a aplicação da pena no mínimo legal.

A defesa de **Wedivargas** e **Antonio Lucélio** (fls. 770/776), por sua vez, bate-se por sua absolvição quanto aos crimes que lhes são imputados, ante a insuficiência probatória, e subsidiariamente requer a diminuição das penas impostas, de forma que sejam aplicadas no mínimo legal.

O defensor de **Thaumaturgo** (fls. 777/780) pleiteia a absolvição do réu pelo crime de lavagem de dinheiro, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A Defensoria Pública, em seu recurso, requer, em favor do réu **Allan**, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o crime do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 e a absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico, bem como pleiteia, em relação ao acusado **José Luciano**, a sua absolvição

Acesso ao Sumário

quanto aos delitos que lhe são imputados, ante a insuficiência de provas. Subsidiariamente, sustenta para ambos (a) a fixação da pena-base no mínimo legal; (b) o reconhecimento da circunstância atenuante do artigo 65, inciso I, do Código Penal; (c) a aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos; (d) a fixação do regime mais brando para início de cumprimento de pena; e (e) a redução da pena de multa (fls. 782/797).

Processados os apelos, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos reclamos dos acusados e pelo provimento do pleito do Ministério Público (fls. 815/825).

É o relatório.

2. A instrução processual versou sobre imputações deduzidas em duas denúncias (embora a grande maioria delas esteja contida em uma), as quais encetaram processos que terminaram reunidos mercê da conexão. Na primeira das denúncias (do ponto de vista cronológico), irrogou-se a **José Luciano** o crime de tráfico de drogas. A outra, bem mais extensa e complexa quanto à matéria fática, alinhavou as seguintes imputações: (a) crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico em face dos acusados **Wedivargas, André Otoni, Allan, Thaumaturgo, Antonio Lucélio, André Almeida, José Benedito** e **José Luciano**; (b) delito de lavagem de dinheiro em face de **Wedivargas, André Otoni** e **Thaumaturgo**.

Visando emprestar maior clareza à exposição, as questões postas nos reclamos serão abordadas da seguinte forma: (a) inicialmente, serão examinados os temas arguidos a título de preliminares nos apelos; (b) na sequência, o mérito será analisado por espécie de crime imputado; (c) por fim, será aferido o processo de dosimetria das penas.

3. DAS PRELIMINARES

As alegações deduzidas não prosperam.

3.1. A perícia de identificação de voz, conquanto seja, em princípio, um meio de prova útil nos casos de interceptação telefônica, não se afigura indispensável para firmar a autoria, a qual pode resultar de outros elementos de prova. Deveras, a Lei nº 9.296/96 não estabeleceu a obrigatoriedade deste exame (**STJ, HC nº 268.858, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; HC nº 234.836, rel. Min. Laurita Vaz; AgRg no AREsp nº 45.634, rel. Min. Jorge Mussi; REsp nº 1.134.455, rel. Min. Gilson Dipp; HC nº 136.659, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho**).

No caso vertente, na linha do que se exporá na sequência, existem dados probatórios suficientes para definir a autoria, vale dizer, não se trata de prova necessária ao deslinde da causa.

3.2. Não medra, por sua vez, a alegação de nulidade das interceptações telefônicas em relação ao apelante **André Otoni**. Pouco importa que, naquele

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

primeiro momento, quando encetada a medida cautelar ora em tela, **André Otoni** não fosse especificamente o agente visado. Importa considerar, a fim de assentar a higidez da prova, que as decisões que decretaram as interceptações telefônicas vieram lastreadas em dados empíricos a sugerir a existência de uma associação para a prática do tráfico de drogas (fls. 03/29, 41/50, 112/177, 198/245). Cabe atentar para o detalhamento dos relatórios policiais. E que a prova, dentro de um quadro de razoabilidade, não podia ser feita de outro modo. Além disso, foi indicada a pessoa investigada. Tudo, afinal, a traduzir a juridicidade das interceptações telefônicas, eis que satisfeitos os requisitos estampados no artigo 2º, da Lei nº 9.296/96.

A circunstância do nome do réu ter surgido em meio ao procedimento não priva de validade a prova em relação ao mesmo. Aliás, uma das finalidades da interceptação telefônica, neste tipo de investigação, é justamente prestar-se como elemento a viabilizar a identificação de todos os integrantes do grupo criminoso.

Discorrendo sobre o tema, leciona **VICENTE GRECO FILHO**: "**A autorização de interceptação, parece-nos irrecusável, abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquele que justificou a providência. Caso contrário, a interceptação seria praticamente inútil. Pode ocorrer, até, que se verifique a inocência daquele que justificou a interceptação e o envolvimento de outros. Não vemos, pois, limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada ao fato que justificou**" (**VICENTE GRECO FILHO**, Interceptação Telefônica, Saraiva, 2006, pp. 34/35). Seguindo a mesma trilha, **LUIZ FLÁVIO GOMES** obtempera que a "**descoberta de outras pessoas envolvidas com o delito investigado é válida**" (Legislação Criminal Especial, Coleção Ciências Criminais, vol. 6, RT, pp. 475).

Nesta matéria, aliás, se no curso de interceptação telefônica legitimamente desencadeada, surgirem dados referentes até mesmo a crime diverso do originariamente investigado – quadro para além da hipótese em tela –, mas em relação de conexão ou continência com o primeiro, tais elementos têm sim valor probatório (**STF, Ag. Reg no Agravo de Instrumento nº 761.706, rel. Min. Cármen Lúcia; HC nº 81.260, rel. Min. Sepúlveda Pertence; RMS nº 24.956, rel. Min. Marco Aurélio**).

4. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

Deveras, o conjunto probatório revela que houve uma reunião de pessoas para a prática do crime de tráfico de drogas. E que a associação guardava natureza perene, que não se confunde com o ocasional concurso de pessoas. Panorama que se subsume ao suporte fático previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06.

Conclusão que vem lastreada a se considerar o conjunto formado (a) pela

Acesso ao Sumário

prova testemunhal (depoimentos das testemunhas e dos agentes policiais que realizaram a diligência); (b) pelas apreensões das drogas, em grande quantidade e de espécies diversas, bem como de petrechos próprios para viabilizar o comércio de substâncias entorpecentes (fls. 37/39); (c) pelo conteúdo das interceptações telefônicas; e (d) pelo complexo esquema de funcionamento do grupo criminoso.

Há que se ter em mente que a prova, neste tipo de delito, é basicamente indireta, o que, em absoluto, não constitui obstáculo à responsabilização penal dos réus.

Impende salientar, outrossim, que, tendo o Código de Processo Penal esposado o princípio do livre convencimento do juiz, afigura-se viável a edição de um provimento condenatório com esteio na prova indiciária, quando os indícios são convergentes formando um conjunto harmônico e não são contrastados por contraindícios ou prova direta, conforme orientação doutrinária (**JULIO FABBRINI MIRABETE**, Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 11ª edição, p. 617; **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, Código de Processo Penal Comentado, RT, 4ª edição, p. 481; **BENTO DE FARIA**, Código de Processo Penal, vol. 01, Record Editora, 1960, p. 350) e jurisprudencial (**TACRIM-SP, RT 758/583, RT 744/602**, entre outros, *apud* Alberto Silva Franco e outros, Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial, RT, vol. 02, 2ª edição, p. 2086/2093).

Em seguros depoimentos apresentados no curso da persecução penal, os investigadores de polícia Clênio Eduardo Arruda Garcia (fls. 04/06 e fls. 377/402), Luís Fernando Santos (fls. 08/10 e fls. 403/417), Paulo César Freitas (fls. 13/15 e fls. 418/425) e Flavio Alexandre Claro dos Santos (fls. 11/12) confirmaram, na essência, a acusação.

Verte dos relatos que, havia algum tempo, corria investigação policial visando a identificação e a prisão do indivíduo conhecido vulgarmente como “Vargas” ou “Edvargas”, um dos principais responsáveis pela venda de drogas na zona leste de São José dos Campos. No decurso das investigações, surgiram indícios de que tal pessoa também atendia pelo vulgo “W” e de que um de seus comparsas seria o ora réu **Allan**, que se utilizava de veículo FIAT/Palio, placas DWB-2454. Posteriormente, conseguiu-se identificar o réu **Wedivargas** e surgiram novos indícios dando conta de que os acusados **André Otoni** e **Thaumaturgo** também participavam da associação criminosa, este último permitindo o depósito de valores auferidos com a venda de drogas em uma conta-corrente. Em seguida, descobriu-se um dos pontos de venda de drogas de **Wedivarga**s e, em diligências realizadas no local, lograram prender em flagrante delito, no dia 07 de maio de 2012, o réu **José Luciano**, que portava consigo 90 cápsulas plásticas contendo cocaína e 52 pedras de *crack*. Em consequência do trabalho de campo realizado, foram localizadas as casas de **Wedivargas, Allan**

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

e **André Otoni**, bem como foi identificada a casa de outro suposto membro da associação, então nominado apenas "André". Identificaram também dois veículos VW/Gol de **Wedivargas**, um de placas EKX-2035, utilizado pelo próprio, e outro de placas ELL-9363, que permanecia **com André Otoni**.

Relataram ainda os investigadores que enquanto alguns deles montaram campana nas proximidades da residência de **Wedivargas**, outros ficaram rondando o bairro, em razão de informações no sentido de que os acusados estariam embalando drogas nas proximidades. Avistaram, então, **André Otoni** saindo com o veículo VW/Gol, placas ELL-9363 e, após, entrando em um matagal, sendo que levava uma bolsa nas mãos e, ao retornar, não estava com ela, não tendo sido abordado naquele momento em razão da distância e da demora dos demais policiais chegarem. Em razão da escuridão, por conta do horário dos fatos, não foi realizada a busca no local naquele momento, e sim na manhã seguinte, tendo os policiais logrado encontrar a bolsa de viagem escondida no matagal, onde havia 533 pedras de *crack* já embaladas para venda, 01 pedra de *crack* de 105,5 gramas (ainda não fragmentada para venda), 900 cápsulas plásticas contendo cocaína, 01 saco plástico contendo 523,8 gramas de cocaína, 03 sacos plásticos contendo pó branco utilizado na preparação de cocaína, 3200 cápsulas vazias destinadas à embalagem de cocaína e uma balança de precisão.

Diante de tais fatos, foram acionados os demais policiais civis da Unidade Especializada e dirigiram-se às residências anteriormente identificadas. Na residência de **Wedivargas**, encontraram-no dormindo com seu irmão, **Antonio Lucélio** e apreenderam alguns telefones celulares. Na casa de **André Otoni**, encontraram-no na companhia de sua esposa Denise da Silva Almeida e, em vistoria, encontraram algumas anotações referentes, em princípio, ao tráfico de drogas, e alguns telefones celulares. Em revista a carrinho de bebê que estava no local, localizaram outros dois telefones celulares no interior de uma caixa de bombons. Questionada acerca do motivo de os telefones estarem ocultos naquele local, Denise respondeu que **André Otoni** recebera ligação de um advogado, não sabendo precisar qual o teor da conversa, e, após tal ligação, escondera os celulares, sendo que os policiais civis chegaram na sequência. Em seguida, dirigiram-se à casa de **Allan**, que dormia com seu irmão Douglas Nascimento Cortez. No local, encontraram 172 porções de maconha já embaladas e dois tijolos ainda não divididos para venda, além de 06 cartuchos de calibre .38 deflagrados. Diante de tais circunstâncias, foi dada voz de prisão a **Wedivargas, André Otoni** e **Allan**. Na sequência, realizadas novas diligências, foi detido o acusado **Thaumaturgo**, pessoa que permitia a movimentação de quantias relacionadas ao comércio ilícito de drogas na conta-corrente de seu genitor.

Impende notar, por oportuno, que há, posteriormente nos autos, notícias das prisões de **André Almeida** (fls. 222/223) e **Antonio Lucélio** (fls. 263/264). Há, outrossim, nos autos em apenso, a notícia e o relato da prisão em flagrante

e da apreensão das drogas na residência do réu **José Benedito** (fls. 03/11 do apenso próprio).

A circunstância de serem agentes policiais não os torna suspeitos, mostrando-se inadmissível estabelecer-se um juízo antecipado e genérico sobre o depoimento de policiais, de sorte a reduzir-lhe, *a priori*, o poder de convencimento. Com efeito, "**o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, de repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos" (STF, HC nº 73.518-SP, Rel. Ministro Celso de Mello).**

No caso vertente, nada há nos autos a sugerir que os policiais teriam mentido. Não se entrevê motivo para que fossem acusar falsamente os réus.

Registre-se que os relatos prestados pelos agentes públicos, em seus aspectos principais, são coincidentes entre si, o que lhes confere maior densidade probatória.

Depoimentos dos policiais que encontram sólido apoio no teor das várias conversas entre os acusados, as quais foram objeto de interceptação telefônica, e na apreensão de grande quantidade de substâncias entorpecentes, em diligências realizadas a partir do monitoramento telefônico.

Assentada, à luz do exposto, a existência da associação, sob uma perspectiva global, passa-se a explicitar a conduta de cada um dos denunciados, não sem antes proceder-se a duas ordens de considerações, aplicáveis a todos os acusados, acerca das provas produzidas.

(I) Em primeiro lugar, na hipótese de interceptação telefônica, afigura-se desnecessária a transcrição de todo o material gravado (mormente quando em grande quantidade), desde que, a fim de conferir efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegure-se às partes – notadamente a defesa – o acesso à totalidade das conversas, para que possam examinar o material e fazer os requerimentos e impugnações que achem pertinentes (inclusive possibilitando-se à defesa pedir a transcrição de trechos que lhe interessem). Impende proceder-se a uma interpretação teleológica do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96, atentando-se para os princípios do devido processo legal e da proporcionalidade. Neste diapasão – pela transcrição parcial, com oportunização da inteireza das gravações – há orientação doutrinária (cfr. **LUIZ FLÁVIO**

Acesso ao Sumário

GOMES, Legislação Criminal Especial, Coleção Ciências Criminais, vol. 06, RT, p. 495, com citação inclusive de julgados) e jurisprudencial (**STF, Inq nº 2424, rel. Min. Cezar Peluzo; STJ, HC nº 104.760, rel. Min. Jorge Mussi**). No caso vertente, as mídias contendo todo o material gravado estavam à disposição das defesas, que deveriam ter feito requerimento – justificado –, postulando a transcrição de trechos específicos.

(II) O artigo 155 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.690/08, não desqualificou a prova produzida na fase inquisitorial; apenas vedou que o magistrado assentasse a condenação exclusivamente nelas. Em outras palavras, "**o juiz pode levar em conta as provas produzidas no inquérito policial desde que conjuntamente com as provas produzidas em contraditório judicial**" (**ANDREY BORGES DE MENDONÇA**, Nova Reforma do Código de Processo Penal, Editora Método, 2008, p. 155). Daí **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** falar em "**limitação moderada em relação à investigação inquisitiva**" (Código de Processo Penal Comentado, RT, 8ª edição, p. 342). O **Supremo Tribunal Federal**, de resto, já decidiu pela validade dos elementos de prova produzidos no inquérito policial, os quais podem ser usados, a título de fundamentação, enquanto dados complementares à prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para sustentar a condenação. O que não se admite é um provimento condenatório assentado essencialmente em prova obtida na fase policial (**RHC nº 99.057, rel. Min. Ellen Gracie; HC nº 105.837, rel. Min. Rosa Weber; HC nº 104.669, rel. Min. Ricardo Lewandowski**).

4.1. Da conduta do réu Wedivargas

Em seu interrogatório na fase judicial, **Wedivargas**, vulgos "**Vargas**" e "**Edvargas**", rechaçou ter praticado os delitos e a chefia do tráfico, bem como negou serem de sua propriedade os telefones interceptados e apreendidos pela polícia e disse não saber a quem pertence a linha 8869-5303. Afirmou conhecer os réus "**Chapolin**", **André Otoni** e **André Almeida** e desconhecer os demais, jamais tendo se envolvido com qualquer deles – ao contrário do que disse em seu interrogatório em fase policial, em que asseverou conhecer **Allan** e **Thaumaturgo** (fls. 23). Negou, outrossim, pertencer ao PCC ou a qualquer outra facção criminosa. Disse, ainda, não ter qualquer ciência acerca das drogas encontradas em poder de **Allan** e negou que **Antonio Lucélio**, seu irmão, fosse seu secretário no tráfico. Por fim, disse ignorar a identidade de Iranilda da Costa Silva – que se diz sua ex-amásia e forneceu o número de telefone do acusado à polícia (fls. 105/108) –, e não assumiu ter pedido ao réu **Thaumaturgo** que depositasse quantias em dinheiro no banco (fls. 474/483).

Acesso ao Sumário

Entretanto, a testemunha Iranilda da Costa Silva afirmou ter se envolvido amorosamente com **Wedivargas** cerca de cinco anos antes dos fatos e, após o término do casamento do réu, no ano de 2011, ter novamente mantido

relacionamento com ele, porém sem qualquer tipo de compromisso. Disse que durante o período em que esteve com o acusado achou que pudesse estar grávida e comentou com ele tal situação, em ligação para o telefone de linha número (12) 8889-5303 – o que se confirmou pelo conteúdo das interceptações telefônicas realizadas nas linhas telefônicas dos acusados **Wedivargas** e **André Otoni** – e pessoalmente. Relatou que, em razão disto, o réu entregou-lhe medicamento abortivo, que até aquele momento ainda não fizera efeito, tendo descoberto posteriormente que não estava gestante. Afirmou ter conhecimento de que **Wedivargas** era traficante e tinha pontos de vendas de drogas na região onde moram, mas negou qualquer envolvimento com os delitos. Asseverou, outrossim, que a linha telefônica supra citada sempre pertenceu ao réu e que, na agenda de seu celular, o telefone do acusado está codificado, registrado sob o nome "Meyri" – afirmação corroborada pelas fotografias de fls. 108. Por fim, ao ouvir os conteúdos dos diálogos gravados pela polícia nos dias 08/05/2012 e 09/05/2012, Iranilda reconheceu sua voz e a voz do réu (fls. 105/106).

O irmão do réu, **Antonio Lucélio**, por sua vez, embora tenha negado todas as imputações em juízo, afirmou, em sede policial, que tinha ciência de que **Wedivargas** estava envolvido com o tráfico de drogas. Disse, outrossim, que frequentava quase que diariamente um bar no Parque Nova Esperança, e que era muito comum que o irmão, **André** e **Allan** telefonassem para que ele informasse sobre a presença de policiais no local (fls. 17).

Ademais, da análise do conteúdo das interceptações realizadas na linha telefônica do réu, depreende-se que exercia a chefia da organização criminosa, controlando as prisões dos membros da associação, a quantidade de drogas disponível para venda nos pontos, monitorando a presença policial nos locais de venda, tomando decisões estratégicas, entre outras atividades. Desponta também, neste sentido, ser referido como "patrão" por alguns de seus interlocutores (fls. 04/13 dos autos próprios).

Some-se a tais evidências a lista de chamadas da linha telefônica de **Wedivargas**, a qual registra diversas ligações para Iranilda, **André Otoni**, **Allan**, **José Luciano** e **José Benedito** (fls. 115/126), a contrariar suas afirmações.

Assim, demonstrado que o réu assumiu o papel de liderança na organização criminosa, de rigor sua responsabilização penal.

4.2. Da conduta do réu André Otoni

O réu **André Otoni**, em seu interrogatório judicial, também rechaçou todas as imputações. Negou que fosse a pessoa que adentrou o matagal com uma mala de viagens, alegando que, na data, estava fazendo compras com sua família, bem como disse ignorar o carro a que aludem os investigadores de polícia. Afirmou conhecer **Wedivargas**, mas não serem próximos ou terem qualquer envolvimento um com o outro. Aduziu que o dinheiro depositado

Acesso ao Sumário

na conta fornecida pelo acusado **Thaumaturgo** é referente a vendas de carro que realizava, e disse ter recorrido ao amigo porque estava com o nome sujo no banco, além do que o pai dele necessitava "fazer giro" na conta bancária para pegar um empréstimo e montar o próprio restaurante. Afirmou, ainda, que não pagava a **Thaumaturgo** qualquer quantia para fazer tais transações e que somente realizou cerca de cinco delas (fls. 484/490). Na fase judicial, disse desconhecer a procedência do caderno encontrado em sua residência, com anotações relativas ao tráfico (fls. 24).

Entretanto, em sentido contrário, Denise da Silva Almeida, amásia do réu, relatou ter presenciado, na data da prisão, o companheiro, quando indagado pelos policiais sobre possíveis objetos ilícitos, responder que possuía em casa anotações pertinentes à contabilidade do tráfico de drogas. Disse que, realizada a busca na residência, os agentes encontraram um caderno contendo anotações relativas ao tráfico de drogas e três aparelhos celulares, sendo que dois deles estavam dentro de uma caixa de bombons, oculta no carrinho de bebê de sua filha. Esclareceu que, momentos antes da chegada dos policiais, **André Otoni** recebeu uma ligação de um advogado – não sabendo precisar o conteúdo da conversa –, tendo, em seguida, ocultado dois de seus celulares na caixa de bombons e, após, no carrinho de bebê. Afirmou, ademais, conhecer os réus **Allan**, **Wedivargas**, **Antonio** e **Thaumaturgo**, vulgo "Tuguinha", sendo todos eles conhecidos de seu amásio. Asseverou que **André Otoni** costumava utilizar-se dos veículos VW/Gol, placas ELL-9353, e VW/Gol, placas EKX-2035 e aduziu ter ciência de seu envolvimento com o tráfico de drogas (fls. 18/19).

Depreende-se, ademais, das interceptações realizadas na linha telefônica do acusado que atuava como intermediário entre **Wedivargas** e os demais membros da organização, recebia ordens de **Wedivargas** e as executava, cuidava e providenciava os materiais necessários ao preparo da droga, monitorava todas as transações que ocorriam na conta de Francisco Vicente Barbosa, coordenava os pontos de venda de drogas, estabelecia os preços das porções individuais de entorpecente, realizava a contabilidade do tráfico, era avisado pelos demais sobre a presença de policiais na região, entre outras atividades (fls. 14/31 dos autos próprios).

Acesso ao Sumário

Some-se a isto o fato de que o telefone cuja linha sofreu interceptação (12 8840-9192) foi encontrado na posse do réu, segundo se depreende do auto de exibição e apreensão (fls. 37/43).

É, assim, caso de condenação do réu, vez que, gerenciando toda a organização criminosa, em auxílio direto ao réu **Wedivargas**, cometeu o delito previsto no artigo 35, da Lei n 11.343/06.

4.3. Da conduta do réu Allan

Allan (fls. 467/473) negou a traficância, aduzindo que a quantia

encontrada em sua residência destinava-se ao seu próprio uso. Disse não saber por qual motivo foi acusado de tráfico de drogas e alegou ter comprado o entorpecente cerca de três semanas antes, tendo pagado R$ 300,00 (trezentos reais) por duzentos gramas. Por fim, afirmou conhecer tão somente o réu **André Otoni**, negando contato com os demais – ao contrário do que disse em seu interrogatório na fase extrajudicial, em que asseverou conhecer também **Wedivargas** e **Thaumaturgo** (fls. 25).

Entretanto, nada há mais nos autos a escusar a conduta do réu. De fato, tem-se que foi encontrado em posse de 172 porções de maconha – já embaladas individualmente para venda –, mais duas outras porções de maconha de 738 gramas. Ademais, é constantemente mencionado nas conversas de **Wedivargas** e **André Otoni**, sendo, inclusive, interlocutor de algumas das chamadas (fls. 04/31 dos autos próprios). Dados que, indiscutivelmente, o apontam como membro da associação criminosa.

Assim, evidenciada a conduta criminosa do réu, foi corretamente tido como incurso no artigo 35, da Lei nº 11.343/06.

4.4. Da conduta do réu André Almeida

André Almeida, vulgo "**Didi**", em seu interrogatório (fls. 499/504), negou os fatos e disse que, na data de sua prisão, estava trabalhando em casa quando os policiais entraram, e realizada a revista, nada de ilícito foi encontrado. Afirmou conhecer **Wedivargas**, **Allan** e "**Chapolin**" de jogos de futebol, e disse ter restado envolvido nos fatos em razão de ligações telefônicas. Aduziu não ter contato frequente com os réus e disse que quase não conversava com **Wedivargas**, bem como disse não ter conhecimento se qualquer deles é traficante de drogas. Afirmou, outrossim, ser conhecido pelo vulgo "Didi" – ao contrário do que disse em sede extrajudicial, quando asseverou não ser conhecido por tal alcunha, mas tão somente por "Andrezinho" ou "Magrelo" (fls. 127/128).

A essa inconsistente negativa, contrapõem-se densos elementos de prova.

A testemunha Juarez Vieira Sena, padrasto do acusado, disse que, na data dos fatos, permitiu a entrada dos policiais em sua residência, sendo que nada de ilícito foi encontrado no quarto do réu. Não soube precisar a ocupação do acusado, mas disse desconfiar de seus comportamentos e de suas amizades (fls. 21).

Na interceptação telefônica realizada na linha do réu, nota-se sua grande preocupação em estar sendo procurado pela polícia após a prisão dos demais acusados. Em outros trechos, negociou a venda de drogas com seu interlocutor e asseverou, por diversas vezes, estar escondendo-se da polícia, bem como confirmou sua intenção de fugir, dizendo que não se entregaria (fls. 43/56 dos autos próprios).

Destarte, bem definido que integrava o bando criminoso, de rigor sua

Acesso ao Sumário

condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas.

4.5. Da conduta do réu José Benedito

José Benedito, vulgo "**Chapolin**", por sua vez, disse que a quantia encontrada em sua casa (450 gramas de maconha) era destinada ao uso próprio. Afirmou que conversava apenas por telefone com **André Otoni**, sobre coisas relacionadas às partidas de futebol, e que somente conhecia este réu e **Wedivargas** dos jogos. Aduziu ter colocado a droga na geladeira para que durasse mais tempo, e afirmou ter pagado R$ 350,00 pela quantia. Confirmou ser sua a linha de número 8884-7415, mas disse que a conversa em que supostamente recebe determinações de **Wedivargas** acerca da forma de acondicionar a droga foi interpretada erroneamente, pois falavam de camisetas (fls. 505/512).

Da interceptação realizada em sua linha telefônica, conclui-se que **José Benedito** realizava a venda direta dos entorpecentes aos usuários, recebendo ligações de interlocutores que buscavam comprar drogas; em determinado momento, chegou a mencionar que, após a prisão de **Wedivargas,** a biqueira estava fechada. Em outras ligações, diz à namorada que está indo no mato esconder maconha e realiza a venda de grandes porções (um a dois quilos) a seus interlocutores (fls. 63/66 dos autos próprios).

A roborar tais provas, tem-se que o telefone do réu cuja linha foi interceptada (12 8844-7415) foi encontrado nas investigações, conforme consta do auto de exibição e apreensão (fls. 37/43).

E nada há a escusar a conduta do réu, encontrado com expressiva quantidade de entorpecentes em sua residência, a afastar a alegação de ser a droga destinada ao uso próprio. Donde, inexorável a conclusão de que era mesmo membro da associação.

Assim, sua conduta subsume-se ao suporte fático previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, de sorte correta a condenação do acusado pela r. sentença.

4.6. Da conduta do réu Antonio Lucélio

Acesso ao Sumário

Antonio Lucélio também negou as imputações da denúncia e disse que não conversava por telefone com qualquer pessoa sobre tráfico de drogas. Confirmou que a linha de número 7816-9387 fosse sua, mas negou fosse "olheiro" ou monitorasse as prisões de traficantes. Disse conhecer os acusados **Allan**, **André Otoni** e **Thaumaturgo** somente de vista, nunca tendo conversado com eles, e negou que tivesse falado qualquer coisa sobre a presença de viaturas policiais por telefone com algum deles ou com outra pessoa (fls. 520/526). Tal versão é frontalmente oposta àquela que apresentou em sede policial (fls. 17), quando afirmou que tinha ciência de que seu irmão, **Wedivargas**, estava envolvido com o tráfico de drogas. Disse, outrossim, que frequentava quase que diariamente um bar no Parque Nova Esperança, e que era muito comum que o irmão **Wedivargas**, **André** e **Allan** ligassem para que ele informasse sobre a

presença de policiais no local.

Do conteúdo obtido das interceptações realizadas na linha telefônica do réu, infere-se que ele funcionava como olheiro da organização, dando informações aos demais membros sobre a presença de policiais nas proximidades e cuidados ou precauções a serem tomados, bem como comentava as prisões dos componentes da associação criminosa e realizava pequenas tarefas (fls. 32/42 dos autos próprios).

Tais provas são confirmadas pela apreensão da linha telefônica interceptada em posse do réu (12 7816-9387), conforme se infere dos autos de busca e apreensão de fls. 37/43.

De rigor, portanto, a condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico.

4.7. Da conduta do réu José Luciano

O acusado **José Luciano** refutou as imputações e disse que, no dia em que foi preso na biqueira, tinha tão somente dinheiro em seu bolso e dirigia-se ao mercado para comprar uma lâmpada, quando foi abordado e apareceram com uma droga que não pertencia a ele. Disse não saber por que **Wedivargas** e **André Otoni** falavam por telefone sobre sua prisão. Negou que tivesse drogas, celular ou dinheiro consigo na data em que foi preso, e disse que viu o momento em que retiraram a droga que diziam ser sua de um terreno (fls. 513/519).

Tal versão, entretanto, restou isolada nos autos, vez que, além do contexto fático em que o acusado foi apreendido, a evidenciar que estava promovendo o comércio ilícito de entorpecentes, sua prisão foi mencionada e comentada nas conversas entre **Wedivargas** – o chefe da associação criminosa – e **André Otoni**, conforme se infere das interceptações telefônicas (fls. 04/31 dos autos próprios).

Assim, bem andou a r. sentença ao condenar o apelante pelo crime de associação para o tráfico, nada havendo a se reparar neste tópico.

4.8. Da conduta do réu Thaumaturgo

Aqui, adiante-se, desde logo, a solução é diversa.

Thaumaturgo, por fim, disse não conhecer **Wedivargas** direito, bem como afirmou que o dinheiro que depositava na conta de seu genitor era proveniente da venda de carros promovida por **André Otoni** – diferentemente do que asseverou em sede policial, momento em que afirmou que, após depósito de elevada quantia na conta-corrente de seu genitor, **André Otoni** confessou-lhe que o montante era proveniente do comércio ilícito de drogas (fls. 26). Disse que o fazia porque **André Otoni** tinha o nome sujo, motivo porque não conseguia abrir conta bancária, e, em contrapartida, a movimentação da conta-corrente gerava aumento da “carta de crédito” para que ele e seu genitor pudessem montar o restaurante que desejavam. Aduziu que, mensalmente, depositavam

Acesso ao Sumário

cerca de 20 mil reais na conta, sempre por meio de cheques. Por fim, negou conhecer os demais réus (fls. 491/498).

A alegação de que agiu de boa-fé, no sentido de que desconhecia a origem ilícita do dinheiro que circulava na conta-corrente de seu genitor, decididamente, não vinga.

Em primeiro lugar, inexiste prova de que o dinheiro era proveniente da venda de carros, conforme alegou o réu. E, convenha-se, não se trata de fato de difícil comprovação. Além disso, as circunstâncias, examinadas à luz das regras de experiência comum, depõem contra o réu. Custa a crer que alguém permita a utilização de uma conta-corrente de um seu parente, com expressiva movimentação financeira, sem conhecer a origem dos valores.

Assim sendo, fica evidenciado que o apelante sabia que os valores depositados na conta eram provenientes do tráfico.

Mas isto, como adiante se verá, conquanto seja bastante para firmar a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, afigura-se insuficiente para dar suporte à edição de provimento condenatório pelo delito de associação para o tráfico (e também para o crime de tráfico de drogas).

Sabe-se que o crime de lavagem de capitais tem plena autonomia em relação ao crime antecedente (**LUIZ REGIS PRADO**, Direito Penal Econômico, 5ª edição, Editora RT, p. 378; **STJ, HC nº 235.900, rel. Min. Og Fernandes**). De tal maneira isto é verdadeiro, que o sujeito ativo pode ser tanto o autor ou partícipe do crime anterior, como pessoa que não guarde qualquer relação com delito antecedente (cfr., por exemplo, **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 02, Editora RT, p. 483).

Ora, no caso vertente, inexistem dados probatórios consistentes a revelar que **Thaumaturgo** integrasse efetivamente a associação criminosa, ou seja, que exercesse, direta ou indiretamente, alguma função dentro da organização.

Na realidade, a responsabilização do apelante pelo crime previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, reclamava prova de que o apelante tivesse praticado alguma outra conduta diversa daquela relacionada à ocultação dos valores oriundos do tráfico, o que não sucedeu no caso vertente.

A própria denúncia, aliás, ao referir-se a **Thaumaturgo**, narra que seu comportamento consistiu na cessão da conta bancária de seu pai para que "*os comparsas movimentassem os valores provenientes do tráfico de drogas*". E a própria inicial explicita a ação de movimentação, proclamando que seu objetivo era "*o de ocultar a origem, a localização, a movimentação e, sobretudo, a propriedade daqueles valores oriundos do narcotráfico*".

Em poucas palavras, não avulta do manancial probatório que o apelante exercesse alguma função na organização criminosa relacionada à finalidade do grupo criminoso: praticar o tráfico de drogas.

Acesso ao Sumário

Os relatos das testemunhas não apontam para qualquer envolvimento de **Thaumaturgo** com as atividades delituosas da associação ora em voga, bem como, do conteúdo das interceptações realizadas em sua linha telefônica, nada de ilícito foi descoberto.

Concluindo, não há prova de que **Thaumaturgo** concorreu para o crime de associação para o tráfico.

Deveras, a hipótese configura a situação – plenamente aceitável do ponto de vista penal – de um estranho praticando um delito em concurso com membros de uma associação criminosa, sem que seja integrante do bando.

Como assentou o **Supremo Tribunal Federal** (**HC nº 76.213-5**), em acórdão relatado pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**, "**assim como um estranho pode ser partícipe de um crime cometido por membros de uma quadrilha – <u>caso em que por este não responderá</u> –, assim também é possível que, na comissão de determinado crime material, um só dos membros da quadrilha coopere com estranhos ao bando, caso em que o primeiro – e somente ele – no mesmo processo, poderá responder pelo concurso material de delitos**" (grifo nosso).

Nesse passo, não vinga o reclamo do Ministério Público visando a condenação do apelante.

5. <u>DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES</u>

Igualmente, não vingam as alegações de que não haveria sido praticado o crime de tráfico de drogas.

A materialidade do delito acha-se positivada no auto de prisão em flagrante (fls. 02/27), no boletim de ocorrência (fls. 28/36), no auto de exibição e apreensão (fls. 37/63), no laudo de constatação provisória de substância entorpecente (fls. 70/71), nos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 109/110 e fls. 226) – os quais atestaram que as substâncias apreendidas são cocaína, na forma de pó em na forma de *crack*, e maconha –, bem como na prova oral colhida nos autos.

E indisputável a autoria.

De fato, o conjunto probatório descortina que os acusados **Wedivargas**, **André Otoni**, **Allan**, **André Almeida**, **Antonio Lucélio**, **José Benedito** e **José Luciano** praticaram o delito de tráfico de drogas, tal como salientado na sentença, cujos fundamentos ficam aqui também acolhidos, com as seguintes considerações.

Com efeito, conforme acima explanado, os citados acusados, integrantes da associação criminosa, concorreram para a guarda e manutenção em depósito das substâncias entorpecentes apreendidas: (a) 52 pedras de *crack* e 90 cápsulas de cocaína – encontradas com **José Luciano** e objetos da primeira denúncia, oferecida somente contra este acusado; (b) 533 pedras de *crack*, 01 pedra de *crack* ainda não dividida (105,5 gramas), 900 porções individuais de cocaína em

Acesso ao Sumário

pó e 01 porção de cocaína em pó não dividida (523,8 gramas) – entorpecentes encontrados ocultados no matagal; (c) 172 porções de maconha, mais duas outras porções de maconha não divididas (738 gramas) – entorpecentes encontrados na residência de **Allan**; e (d) 01 porção de maconha ainda não dividida (456,8 gramas) – encontrada na residência de **José Benedito**.

Bem de ver que todos eles, ao realizarem atividades direta ou indiretamente ligadas às drogas apreendidas, praticaram condutas que guardam nexo de causalidade com a guarda e a manutenção em depósito das substâncias entorpecentes. Cuida-se da chamada coautoria funcional.

Assim é que, tendo-se em conta a considerável quantidade e diversidade de substâncias entorpecentes, a apreensão de petrechos para fabrico e embalagem das drogas, bem como a complexa estrutura da organização criminosa, restou evidenciada a prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/96, não se podendo cogitar de desclassificação para a figura penal prevista no artigo 28, da citada lei.

Acertadas, pois, as condenações operadas.

5.1. Outrossim, descabido o pleito do Ministério Público de condenação dos réus **Thaumaturgo** e **José Luciano** pelo crime de tráfico de drogas, sendo o último responsabilizado uma segunda vez pelo mesmo tipo penal.

Em relação a **Thaumaturgo** – conforme explicitado acima, no tópico relativo ao delito de associação para o tráfico –, não há provas suficientes nos autos a permitirem que se afirme que o acusado tomava parte no comércio ilícito de entorpecentes.

Do manancial, exsurge tão somente – conforme se verá – sua responsabilidade quanto ao crime de lavagem de dinheiro. Trata-se, assim, de hipótese em que pessoa alheia ao tráfico de drogas pratica o crime de lavagem de capitais que tem por objeto o produto do primeiro delito. O que não o faz, absolutamente, coautor ou partícipe do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao réu **José Luciano**, andou bem o d. magistrado *a quo* ao absolvê-lo quanto a uma das acusações de tráfico de drogas.

De fato, não se depreende dos autos que as duas acusações feitas contra o réu sejam desconectadas entre si. Infere-se, isto sim, que a prisão de **José Luciano** – em razão da qual foi denunciado pela primeira vez pelo tráfico de drogas – ocorreu em razão do comércio ilícito desenvolvido no bojo da associação criminosa.

Tanto isto é verdadeiro que, nas interceptações telefônicas, o fato é mencionado por diversas vezes e, inclusive, o réu **Wedivargas** alerta os demais membros a fim de que não efetuem ligações para **José Luciano**, em razão de sua detenção (fls. 04/13 dos autos próprios).

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

Assim, evidenciado que o comércio ilícito de entorpecentes desenvolvido pelo acusado estava diretamente ligado às atividades desenvolvidas pela associação criminosa ora em comento, não se há que falar em dupla condenação de **José Luciano**.

Em poucas palavras, a ação descrita na denúncia oferecida somente contra **José Luciano** não tem autonomia penal em relação às condutas de tráfico de drogas encerradas na segunda denúncia. São comportamentos enfeixados numa única conduta criminosa, até porque se trata de crime permanente.

6. <u>DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS</u>

Outrossim, sobejamente demonstrada a prática do delito previsto no artigo 1º, da Lei nº 9.613/98.

O tipo penal que define o crime de lavagem de capitais – em uma de suas modalidades – exige que tenha havido a ocultação ou dissimulação da "*natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*".

A consumação da ocultação, note-se, "(...) **ocorre com o simples encobrimento, através de qualquer meio, desde que acompanhado da *intenção* de converter o bem futuramente em ativo lícito**" e pode se dar de diversas formas, como "**a fragmentação dos valores obtidos para movimentação de pequenas quantias incapazes de chamar a atenção das autoridades públicas, ou que não exijam a *comunicação necessária* de parte dos *particulares colaboradores* (*smurfing*), <u>o depósito do capital em contas de terceiros</u>, sua conversão em moeda estrangeira, em outros ativos, e a compra de imóveis em nome de *laranjas*" (GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ**; **PIERPAOLO CRUZ BOTTINI**, Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Editora RT, p. 64 – sublinhados nossos).

Como assentou o Supremo Tribunal Federal, "**o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura" (RHC nº 80816-6/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence**).

E, de fato, os acusados **Wedivargas**, **André Otoni** e **Thaumaturgo** realizaram tal conduta, uma vez que, depositando o dinheiro proveniente de atividade ilícita em conta de pessoa alheia aos fatos – no caso, o genitor de **Thaumaturgo** –, o fizeram visando ocultar a origem espúria dos valores.

Cabe assentar que não resta qualquer dúvida acerca da origem ilícita dos valores depositados na conta-corrente de <u>Francisco Vicente Barbosa, ou seja, de que se tratavam de quantias relacionadas ao tráfico de drogas (produto)</u>. É o que se infere, sem maiores dificuldades: a) do fato de terem sido encontrados

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

diversos extratos da conta-corrente de Francisco na casa do réu **André Otoni** (fls. 206/207); b) do conteúdo das interceptações telefônicas, pois percebe-se André Otoni réu conversava diretamente com Francisco acerca da movimentação da conta (fls. 14/31 dos autos próprios).

Ademais, não houve qualquer demonstração nos autos de que tamanha quantidade de dinheiro tivesse outra origem. Por fim, de se notar ter o réu **Thaumaturgo** afirmado, em fase policial, que diante de movimentação de elevado montante na conta-corrente de seu genitor, **André Otoni** confessou-lhe que as quantias eram provenientes do comércio ilícito de entorpecentes (fls. 26).

Impende notar, por oportuno, que conquanto para o início do processo penal sejam suficientes indícios da ocorrência do delito anterior (artigo 2º, § 1º, do citado diploma), a edição de uma decisão condenatória postula prova segura da efetiva ocorrência do crime precedente. Conforme escólio de **MARCO ANTONIO DE BARROS**, "**a sentença condenatória exige a formação do convencimento, absolutamente seguro do juiz, a respeito da existência do crime antecedente. Na etapa final do processo, os indícios, por si só, não dão a necessária sustentação e validade ao julgamento condenatório**" (Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas, RT, 2ª edição, pág. 209).

E, efetivamente, no caso em tela, conforme exposto anteriormente, restou comprovada a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que ensejou o delito ora sob análise, nada havendo a se discutir a este respeito.

Indisputável, por seu turno, que tomaram parte na infração os réus **Wedivargas** – por ser o líder da associação criminosa –, **André Otoni** – que mantinha contato direto com o titular da conta bancária a fim de promover as movimentações –, e **Thaumaturgo** – que cedeu a conta-corrente de seu genitor para que fossem realizadas as operações financeiras da associação criminosa.

Assim, de rigor a condenação dos apelantes.

7. DAS PENAS

As sanções comportam algumas retificações, na linha do que se segue.

7.1. As penas-bases referentes aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico – à exceção daquelas estabelecidas para o acusado **José Benedito** – não merecem qualquer reparo.

Com efeito, a quantidade e a natureza da substância entorpecente constituem fatores que justificam a imposição da pena-base acima do mínimo legal, na linha do que dispõe o artigo 42, da Lei nº 11.346/06 (**STF, HC nº 96.655, rel. Min. Cármen Lúcia; HC nº 107.784, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, HC nº 237.837, rel. Min. Laurita Vaz; Hc nº 235.524, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 223.447, rel. Min. Laurita Vaz, HC nº 179.086, rel. Min. Gilson Dipp, entre outros**). Afinal, são circunstâncias que implicam um maior potencial de lesão à saúde pública, traduzindo-se num mais elevado grau de

Acesso ao Sumário

culpabilidade da conduta.

Nessa ordem de ideias, escorreito o estabelecimento das penas-bases acima do mínimo legal em relação ao acusados **Allan**, **André Almeida**, **José Benedito**, **Antonio Lucélio** e **José Luciano** em 06 anos de reclusão, mais o pagamento de 600 dias-multa, no que concerne ao crime de tráfico de drogas, haja vista a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes. Cuida-se de um montante que se mostra adequado para a reprovação e a prevenção do delito (artigo 59, do Código Penal), não merecendo qualquer modificação.

Outro tanto se diga no tocante às reprimendas, referentes aos mesmos réus, em relação ao crime previsto no artigo 35, da Lei nº 11.345/06. O porte do grupo criminoso e o acentuado nível de organização reclamam uma sanção além do mínimo legal, tal como estabelecido pela r. sentença.

Outrossim, não comportam qualquer crítica as penas-bases mais elevadas estipuladas, no tocante aos referidos crimes, para os réus **André Otoni** e **Wedivargas** (10 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.000 dias-multa, em relação ao tráfico de drogas, e 06 anos de reclusão e pagamento de 1.200 dias multa, para o delito de associação para o tráfico de entorpecentes). É que, além das circunstâncias desfavoráveis em relação ao demais acusados, há que se considerar que exerciam papel de destaque na organização criminosa e no próprio tráfico de drogas em si, a exprimir um maior grau de culpabilidade.

7.2. Igualmente sem razão o pleito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Deveras, definido que os acusados associaram-se para o tráfico de drogas, numa ação que tipifica o delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, não é possível cogitar-se da causa de diminuição de pena pleiteada (**STF, HC nº 104.134, rel. Min. Marco Aurélio**).

Cabe remarcar, de resto, que, na interpretação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (FRANCISCO AMARAL, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, pp. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, pp. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar – com uma sensível redução da pena – aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação dos réus.

7.3. Cabe, contudo, proceder a um pequeno reparo nas penas dos acusados **André Otoni** e **Wedivargas**, no que diz respeito ao crime de lavagem

Acesso ao Sumário

de capitais.

A r. sentença majorou bastante as penas-bases em relação ao mínimo legal, forte na condição de ambos de protagonistas da associação criminosa. Mas cuida-se de circunstância que não deve ser tomada em conta no crime de lavagem de capitais. Isto porque "(...) **a gravidade da infração antecedente não é critério de fixação de pena porque o bem jurídico afetado pela lavagem de dinheiro não se confunde com aquele**" (**GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ; PIERPAOLO CRUZ BOTTINI**, Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Editora RT, p. 153). Nesse passo, tendo-se em conta o montante considerável de valores ocultados e o grau não muito acentuado de sofisticação, adequado seja-lhes imposta a mesma pena-base estabelecida em relação ao corréu **Thaumaturgo**, ou seja, 03 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, mais o pagamento de 12 dias-multa.

Com relação ao réu **Wedivargas**, procedendo- se, na segunda fase da dosimetria da pena, à aplicação da circunstância agravante de reincidência, aumenta-se a pena em 1/6, patamar estabelecido na r. sentença guerreada, restando definitiva em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 14 dias-multa.

7.4. Por sua vez, com razão a defesa de José Benedito ao reclamar não ser o réu reincidente, fazendo-se necessária a reforma de sua pena.

Com efeito, da análise dos documentos juntados aos autos, não se infere ser o acusado reincidente, mas sim portador de maus antecedentes (fls. 109 do apenso próprio). Isto porque ostenta condenação definitiva (roubo e posse de substância entorpecente), cuja pena, extinta há mais de cinco anos, não tem o condão de gerar reincidência (artigo 64, inciso I, do Código Penal). Importa considerar que a condenação, nesta situação, pode ser qualificada como maus antecedentes (STF, HC nº 98.803, relatora Ministra Ellen Gracie; HC nº 76.665, rel. Min. Marco Aurélio; HC nº 69.001, rel. Min. Celso de Mello; HC nº 75.965, rel. Min. Sydney Sanches; RHC nº 83.547, rel. Min. Carlos Brito; HC nº 86.415, rel. Min. Carlos Velloso).

Assim, mister se proceda a pequeno reparo na pena do acusado, expurgando-se do cálculo a circunstância agravante da reincidência.

Entretanto, como portador de maus antecedentes, deverá ter as penas-bases dos crimes pelos quais foi condenado majoradas em patamar superior àquele estabelecido aos réus primários.

Nesse diapasão, estipula-se a pena-base para cada um dos crimes ¼ acima do mínimo legal, restando definitivas em 06 anos e 03 meses de reclusão, mais o pagamento de 625 dias-multa, para o crime de tráfico de drogas, e 03 anos e 09 meses de reclusão, mais o pagamento de 875 dias-multa, para o crime de associação para o tráfico.

Acesso ao Sumário

Ante a regra do concurso material de delitos (artigo 69, do Código Penal), a penal total do réu fica fixada em 10 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.500 dias-multa.

7.5. Cabe reparo, ainda, quanto à incidência, com relação aos réus **José Luciano**, **Allan** e **Thaumaturgo**, da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal.

Isto porque, segundo se depreende das informações constantes dos autos, os três réus eram menores de 21 anos de idade quando dos fatos (fls. 28/36 dos autos principais e fls. 10/12 do apenso próprio).

Assim, e tendo-se em conta tratar-se de circunstância preponderante – porque de natureza subjetiva –, as penas dos acusados merecem redução ao mínimo legal. Nesta esteira, a pena dos acusados **José Luciano** e **Allan** deve ser minorada para 05 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, quanto ao crime de tráfico de drogas, e 03 anos de reclusão, mais o pagamento de 700 dias-multa, quanto ao crime de associação para o tráfico.

Procedendo-se à regra do concurso material de delitos (artigo 69, do Código Penal), a penal total para cada um dos acusados fica fixada em 08 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa.

Quanto ao réu Thaumaturgo, operada a mencionada diminuição, resta sua pena fixada em 03 anos de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa.

7.6. Nesta esteira, procedidos todos os reparos necessários nas sanções, restam definitivas as penas dos acusados: (a) **Wedivargas** em 23 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 2.347 dias-multa; (b) **André Otoni**, em 19 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, mais o pagamento de 2.212 dias-multa; (c) **José Benedito** em 10 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.500 dias-multa; (d) **José Luciano** em 08 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa; (e) **Allan** em 08 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa; e (f) **Thaumaturgo** em 03 anos de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa.

7.7. Observe-se, por oportuno, que caberia reparo também quanto aos dias-multa a serem pagos em relação a algumas das sanções.

É que a pena pecuniária deve ser proporcional à pena corporal imposta, conforme assentado na jurisprudência pátria: "**No procedimento de fixação da pena pecuniária, o número de dias-multa, porque pautado pelo grau de culpabilidade do acusado, deve guardar proporcionalidade com o 'quantum' da pena privativa de liberdade estabelecido" (STJ, HC nº 224.881, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze).**

Nada obstante, tem-se que a r. sentença *a quo* não seguiu tal medida, fixando os dias-multa, em alguns casos, aquém da proporção correta.

Entretanto, inexistente recurso da acusação específico nesse sentido,

Acesso ao Sumário

impossível proceder-se à majoração, sob pena de violação do princípio da *non reformatio in pejus*, pelo que ficam mantidas as penas aplicadas.

7.8. Por fim, tendo em conta a expressiva quantidade e diversidade de drogas, tem-se um acentuado grau de culpabilidade das condutas, a impor o regime inicial fechado em relação aos réus **Wedivargas**, **André Otoni**, **Allan**, **André Almeida**, **Antonio Lucélio**, **José Benedito** e **José Luciano.**

7.9 A terminar, sublinhe-se, quanto ao acusado **Thaumaturgo**, que adequado o regime inicial aberto, mostrando-se, ainda, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos – prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária –, considerando a reprovação e prevenção do crime.

8. Ante o exposto, (a) **nego provimento** ao recurso do Ministério Público e (b) **dou parcial provimento** aos recursos das defesas, para alterar as penas de (i) **Wedivarga**s, para 23 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 2.347 dias- multa; (ii) **André Otoni**, para 19 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, mais o pagamento de 2.212 dias-multa; (iii) **José Benedito**, para 10 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.500 dias-multa; (iv) **José Luciano**, para 08 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa; (v) **Allan**, para 08 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa; e (vi) **Thaumaturgo**, para 03 anos de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, **mantida, no mais, a r. sentença guerreada**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002136-33.2010.8.26.0191, da Comarca de Poá, em que é apelante FABIANO DE CARVALHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.491)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação criminal – Violação de direitos autorais – Pretendida a absolvição por atipicidade do fato ou ausência de identificação das vítimas – Inadmissibilidade – Desnecessidade de identificação das vítimas, pois a apuração do crime de violação de propriedade imaterial se processa mediante ação penal pública incondicionada – Autoria e materialidade bem demonstradas – Comprovação do dolo específico (intuito de lucro direto ou indireto) – Crime de bagatela – Objeto material cujo valor (R$ 600,00) não se há de dizer irrisório, levando-se em conta o salário mínimo da época dos fatos – Princípio da adequação social da conduta – Crime que afeta não apenas os titulares dos direitos autorais, mas toda a sociedade, em razão da sonegação de impostos e dos prejuízos causados ao Fisco – Condenação bem editada, com base em convincente acervo probatório – Penas e regime adequados – Recurso improvido.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. Luiz Fernando Rodrigues Guerra, acrescenta-se que **Fabiano de Carvalho**, por infração ao artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, foi condenado às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de meio salário mínimo.

Inconformado, recorre. Seja alegando que a conduta praticada pelo réu é socialmente aceita, seja acenando com a aplicação do princípio da insignificância, seja afirmando que as vítimas não foram identificadas no processo, pugna pela absolvição.

Processado o recurso, em que o apelado opina pelo improvimento, manifesta-se a d. Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido.

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento já que a r. sentença monocrática bem apreciou a espécie, proclamando corretamente a solução condenatória.

O apelante foi processado e condenado pelo crime previsto no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, porque, no dia 08 de janeiro de 2010, por volta das 18h30min, na Avenida Governador Jânio Quadros, próximo à Estação Férrea Gianetti, Parque São Francisco, na cidade e Comarca de Ferraz de Vasconcelos,

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

expunha à venda e guardava, com intuito de lucro, 300 (trezentos) DVD's de títulos diversos, tudo produzido com violação de direito autoral (fls. 01D/02D).

Importa considerar, antes do mais, que a ausência de identificação das supostas vítimas do delito não tem o condão de macular a sólida prova carreada aos autos, principalmente porque a apuração do crime de violação de propriedade imaterial se processa mediante ação penal pública incondicionada.

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça destaca que o procedimento previsto nos artigos 530-B a 530-D não descreve a necessidade de identificação das vítimas, alegando que elas poderão, quando necessário, funcionar como assistentes de acusação, consoante o disposto no artigo 530-H da Lei Penal Adjetiva:

> "***(...) Melhor sorte não socorre aos impetrantes no tocante à alegada necessidade de identificação das supostas vítimas do delito imputado à paciente por meio de perícia nas mídias encontradas em seu poder. O procedimento a ser observado nos casos de crimes contra a propriedade imaterial perseguidos mediante ação penal pública, como é o caso dos autos, encontra-se disposto nos artigos 530-B a 530-H do Código de Processo Penal, merecendo destaque o que contido nos artigos 530-B a 530-D:***
>
> ***(...)***
>
> ***Das normas processuais penais em comento, constata-se que, diante da prática do delito previsto no § 2.º do artigo 184 do Código de Processo Penal, a autoridade policial apreenderá os bens objeto do crime, que serão submetidos à perícia, que integrará os autos do processo. O exame técnico em questão tem por finalidade atestar a ocorrência ou não de reprodução procedida com violação aos direitos autorais, não havendo que se falar em necessidade de identificação das supostas vítimas, até mesmo porque o ilícito em exame é perseguido mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do inciso II do artigo 186 do Estatuto Repressivo, sendo que os titulares dos direitos autorais violados, assim como as respectivas associações, poderão funcionar como assistentes de acusação, consoante o disposto no artigo 530-H da Lei Penal Adjetiva.***"[1]

No caso dos autos, a materialidade do delito apresenta-se cumpridamente demonstrada não apenas pelo boletim de ocorrência nº 145/2010 (fls. 03/04), senão também pelo auto de exibição e apreensão (fls. 05) e pelo laudo pericial, que analisou os discos apreendidos, concluindo que eles "*são cópias grosseiras e não deixam dúvidas que não são originais*" (fls. 07/10).

A autoria atribuída ao apelante, igualmente, exsurge incontroversa.

Nas duas oportunidades em que foi ouvido, o apelante confessou que

1 – HC nº 233.230/MG, Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em: 16.04.2013.

estava vendendo CDs contrafeitos por necessidade financeira, em razão do nascimento de seu filho (fls. 14 e 85/85-verso).

Bem é de ver que a reiterada confissão do réu foi corroborada pelo acervo probatório amealhado aos autos, sob o crivo do contraditório.

Assim é que o investigador de polícia Nelson Celestino de Souza (fls. 77) confirmou ter abordado o apelante na data dos fatos, nas proximidades da Estação Gianetti da CPTM, com diversos CDs que aparentavam ser falsificados. Naquela oportunidade, o apelante confessou ser proprietário de parte dos CDs apreendidos, afirmando tê-los adquirido na Rua 25 de março, em São Paulo, para revenda.

Ademais, apesar de o investigador de polícia Ednaldo Costa de Lima ter afirmado não se lembrar da dinâmica dos fatos, confirmou ter participado da diligência que resultou na captura do réu e reconheceu sua assinatura no depoimento prestado na delegacia, o qual corroborava o alegado pelo investigador de polícia Nelson (fls. 78).

Importante registrar que tais depoimentos merecem inteira acolhida, já porque os investigadores de polícia não conheciam o apelante e não tinham motivo para incriminá-lo falsamente; já porque prestaram depoimentos uniformes e harmônicos quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos; já porque não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade; já porque inexiste razão para desprestigiar agentes públicos quando comparecem perante a Justiça a fim de prestar contas de suas atividades.

Bem a propósito, já se decidiu que a "***simples condição de policial, segundo a Suprema Corte (RTJ 68/64), não torna a testemunha impedida ou suspeita. Em RT 530/372, por outro lado, já se decidiu ser*** '***inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório***' ***(no mesmo sentido RT 574/401, 588/513, 591/313, 594/332, 594/392, 597/330, 609/394, 610/369, 614/275, 616/286, 634/276 e 654/278; JUTACRIM 83/454, 95/101 e 96/230)***".[2]

E mais: "***Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhes crédito quando fossem dar conta de duas tarefas no exercício de funções precípuas***".[3]

---

2 – Apelação nº 726.557/8 – 7ª Câmara de Férias – Rel. Juiz Luiz Ambra – v.u., j. de 22.07.93, cit. *in* RJDTACRIM 19/96.

3 – RDTJRJ 7/287.

Acesso ao Sumário

Importante registrar, também, como já se teve oportunidade de decidir: "***Assente, de forma pacífica, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, que os depoimentos de policiais quando coerentes e sem discrepância entre si têm a validade de quaisquer outras declarações, não podendo ser desprezados sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade***".[4]

Outrossim, a própria testemunha de defesa Thiago Bueno da Conceição confirmou já ter visto o apelante comercializando CDs falsificados em via pública (fls. 83).

Vale salientar, ademais, que o delito previsto no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal exige a prática de uma das condutas descritas no tipo penal, com o intuito de lucro direto ou indireto.

Dessa forma, insta registrar que o crime em comento prevê a necessidade de comprovação do dolo específico, de sorte que o crime não estará configurado se não restar demonstrado que o agente tinha o intuito de auferir ganhos com a violação de direito autoral.

No caso dos autos, o dolo específico ficou plenamente provado, seja pelas palavras do investigador de polícia Nelson, que realizou a diligência e apreendeu as mídias em poder do apelante, ao afirmar que o réu teria confessado o intuito de venda; seja por conta da confissão de Fabiano; seja pelas alegações da testemunha de defesa Thiago.

Por outro lado, observa-se que a tese de atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância é gratuita e destituída de juridicidade. É que, embora seja admissível no Brasil a aplicação de tal princípio, conforme têm decidido os nossos tribunais superiores, afigura-se de todo descabida a pretendida aplicação no caso em apreço, haja vista que o valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), atribuído às *rei furtivae* (300 mídias, ao valor unitário de R$ 2,00), não pode ser considerado tão ínfimo, sobretudo porque supera em aproximadamente 17% o valor do salário mínimo da época dos fatos, sob pena de, com tal entendimento, estimular-se a prática reiterada de delitos desse jaez, com sério comprometimento da ordem pública e da paz social.

Esta Corte de Justiça, a propósito, já deixou assentado: "***Aliás, a questão versada nos autos somente poderia lembrar a ideia de insignificância, se a conduta do apelante, em face de ínfimo valor atribuído ao objeto do crime, tivesse ocasionado lesividade tão diminuta, tão inexpressiva, tão irrelevante ao bem jurídico tutelado pela norma jurídica, que se pudesse considerar esse bem como não lesionado, ou seja, a tornar essa conduta carente de relevância sob o aspecto penal, a ponto de o agente não merecer reprovação jurídico-penal***"[5], mas não é o que se verifica no caso em

Acesso ao Sumário

---

4 – TJSC – JC 59/314.

5 – TJSP Apelação Criminal nº 0004365-83.2005.8.26.0435, Comarca de Pedreira, Rel. Moreira da Silva, v.u., j. 01.03.2011.

apreço.

E, como o crime em tela afeta não apenas os titulares dos direitos autorais, mas toda a sociedade, em razão da sonegação de impostos e dos prejuízos causados ao Fisco, não há que se falar em aplicação do princípio da adequação social ao caso dos autos.

Nesse sentido, o entendimento emanado do Pretório Excelso:

"***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. VENDA DE CD'S 'PIRATAS'. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. II – Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação. III – Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos. IV – Ordem denegada.***"[6]

Essa também a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"***RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PENAL. OFENSA AO ART. 184, § 2°, DO CP. OCORRÊNCIA. VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS". ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S e DVD'S "piratas". 2. Na hipótese, estando comprovadas a materialidade e a autoria, afigura-se inviável afastar a consequência penal daí resultante com suporte no referido princípio. 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.***"[7]

Portanto, ao contrário dos argumentos sustentados pela combativa defensoria e a despeito do depoimento da testemunha de defesa Luiz Eduardo Nascimento (fls. 81), que não presenciou os fatos, o elenco probatório permite concluir que o apelante expunha à venda e guardava, com intuito de lucro, diversos CDs produzidos com violação de direito autoral.

---

6 – HC nº 98.898, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgado em 20.04.2010.

7 – REsp nº 1.193.196-MG, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, Julgado em: 26.09.2012.

Acesso ao Sumário

Destarte, suficientemente provadas a materialidade, a autoria e o dolo resultantes da ação descrita na incoativa, cuja tipicidade – sob os aspectos objetivo e subjetivo –, antijuridicidade e culpabilidade encontram-se, igualmente, demonstradas, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, tudo está a indicar mesmo a violação, pelo apelante, da norma de proibição insculpida no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, razão por que era mesmo inarredável o provimento condenatório pelo crime de comercialização de obra intelectual, como bem proclamado pelo eminente Magistrado sentenciante.

Penas e regime adequados: quanto às primeiras, mínimas e com substituição; quanto ao último, o mais brando.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0064697-33.2010.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes ANTÔNIO CELSO PEREIRA GONÇALVES e GILBERTO CARNEIRO FRADE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos para absolver os réus das imputações a eles feitas, com base no art. 386, II, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22503)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

São Paulo, 15 de julho de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TÓXICO – Crime de tráfico e de associação para o tráfico – Venda de medicamentos de uso controlado pela ANVISA – Condenação – Inaplicabilidade da Lei nº 11.343/06 – Comercialização de medicamentos lícitos (art. 273, CP) – Caso de *mutatio libelli* do art. 384 do CPP – Inaplicabilidade nesta instância – Súmula 453 do STF – Ausência de prova da existência do fato – Absolvição – Recursos providos.

VOTO

A r. sentença de fls. 361/371, com relatório adotado, julgou procedente a ação penal para condenar ANTÔNIO CELSO PEREIRA GONÇALVES ao cumprimento da pena corporal de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 910 (novecentos e dez) dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, como incurso no art. 35 da Lei nº 11.343/06, e para condenar o réu GILBERTO CARNEIRO FRADE à pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 1.250 (mil duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, como incurso no art. 33, "caput", c/c § 4º e art. 35, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal. Foi deferido o recurso em liberdade.

Apelam os réus.

A defesa do acusado Gilberto recorre buscando a absolvição, com fulcro na insuficiência probatória. Alega que não há nenhuma demonstração concreta de que o recorrente tenha se associado ao corréu para praticar o comércio ilícito de drogas. Sustenta que não há prova da materialidade em relação ao delito do art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, uma vez que o apelante não foi achado com qualquer droga. Subsidiariamente, bate-se pela redução da pena, alteração do regime prisional e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

A defesa do corréu Antônio alega, em preliminar, a inépcia da denúncia. Alega, ainda, a nulidade do feito por violação ao devido processo legal, diante da inobservância do disposto no § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal. Sustenta que não foi oportunizada ao acusado a apresentação de resposta (art. 396-A, CPP). No mérito, bate-se pela absolvição, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Recursos processados e respondidos, com manifestação do Ministério Público, em ambas as instâncias, pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo não provimento dos pedidos.

É o relatório.

Os recursos comportam provimento, restando prejudicadas as preliminares arguidas.

Foram os recorrentes processados e condenados porque, segundo a denúncia, em data não apurada, no ano de 2009, em período anterior à data de 23 de outubro de 2009, na cidade de Campinas, no interior da "Drogaria Gonçalves Salto Ltda. ME", com nome fantasia DROGAMEGA, Gilberto Carneiro Frade prescreveu drogas, sem autorização e em desconformidade com as determinações legais e regulamentares.

Ainda segundo a acusação, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os recorrentes se associaram para o fim de praticar reiteradamente o delito de

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

tráfico de drogas.

Segundo narra a denúncia, no dia 23 de outubro de 2009 operou-se ação conjunta da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária e da Secretaria Municipal de Vigilância Sanitária junto a farmácias e drogarias da região. Em visita ao estabelecimento de propriedade de Antônio Celso Pereira Gonçalves, denominado "DROGAMEGA", fora constatado que ali havia depósito e era exposto a venda diversos produtos de comercialização controlada, sem que o estabelecimento tivesse o mínimo controle sobre tais medicamentos, bem como ficou constatado que a drogaria não possuía alvará sanitário, nem autorização de funcionamento da Vigilância Sanitária do Município, nem tampouco autorização de funcionamento da ANVISA. No local foram também encontrados receituários de controle especial em branco, assinados pelo corréu Gilberto Carneiro Frade.

De acordo com a inicial acusatória, o apelante Gilberto prescrevia drogas em desacordo com determinação regulamentar, tendo, para tanto, se associado a Antônio. A denúncia narra que a testemunha e ex-funcionária da DROGAMEGA, Ana Maria Aparecida, relatou como se dava a associação entre os recorrentes, afirmando que, após o comparecimento do cliente na farmácia, solicitando a medicação controlada e que não possuía receita médica, Antônio entrava em contato com Gilberto, que autorizava a venda do medicamento, sendo que Antônio tinha em seu poder receitas em branco, assinadas previamente por Gilberto, e usava tais receitas para a venda das drogas solicitadas pelos clientes, sem que tais pessoas tivessem se submetido à consulta médica.

Assim, prossegue a denúncia, estaria claro que os apelantes se mantinham em associação para a venda de drogas controladas em desacordo com a determinação legal e regulamentar no aludido estabelecimento comercial, o qual não tinha licença dos órgãos sanitários competentes.

Anote-se que, com relação ao corréu Antônio, foi o mesmo processado em outros autos pela prática do crime de tráfico em concurso com o delito do art. 273, § 1º, do Código Penal, razão pela qual, nestes autos, ele responde apenas pelo delito de associação para o tráfico (art. 35).

Acesso ao Sumário

A denúncia do processo-crime nº 0067797-30.2009.8.26.0114, cuja cópia instrui o presente feito, narra que no dia 23 de outubro de 2009, no interior da "Drogaria Gonçalves Salto Ltda. ME", nome fantasia DROGAMEGA, na cidade de Campinas, Antônio Celso Pereira Gonçalves tinha em depósito 28 caixas de Cloridrato de Fluoxetina 20mg, 18 caixas de Cloridrato de Tramadol 50mg, 06 caixas de Cloridrato de Sibutramina 15mg, 8 caixas de Cloridrato de Sibutramina 10mg, 11 caixas de Alprazolam 0,5mg, 02 caixas de Alprazolam 1mg, 03 caixas de Fenitoína, 03 caixas de Cloridrato de Tramadol 50mg, 03 caixas de Bromazepam 3mg, 01 caixa de Bromazepam 1mg, 03 caixas de Rivotril 0,5mg, quatro cápsulas soltas dentro de uma caixa de Fluxene,

substâncias constantes das listas das Portarias SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, que podem causar dependência física e psíquica, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de ocorrência nº 00766, proveniente da Prefeitura Municipal de Campinas.

Consta ainda da denúncia que o réu Antônio, nas mesmas condições de tempo e local, tinha em depósito e expunha à venda medicamentos corrompidos, a saber, 07 caixas de Cialis 20mg e 03 comprimidos de Viagra.

Inicialmente, cabe salientar que o conceito de "droga" deve ser extraído do art. 1º, parágrafo único, c/c art. 66 da Lei nº 11.343/06. Trata-se de uma norma penal em branco.

Assim, "consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União". E o art. 66 da referida lei complementa, dispondo que "Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998".

Portanto, há que se fazer uma análise da Portaria nº 344/98 da ANVISA para que se possa determinar o conceito de "droga", possibilitando, assim, a aplicação da Lei nº 11.343/06.

Anote-se que a própria lei, elaborada pelo Congresso Nacional, a quem foi atribuída a competência constitucional para dispor sobre a matéria, atribui ao Poder Executivo a tarefa de atualizar a lista com as substâncias proscritas no País, relegando essa análise a órgão com mais capacidade técnica para definir quais substâncias são capazes de causar dependência.

O escopo da lei é justamente permitir que órgão federal, relacionado à área da saúde, tenha a incumbência de incluir ou excluir da lista produtos ou novas substâncias capazes de causar dependência, visando à proteção da população.

Assim, para que uma substância seja caracterizada como "droga", permitindo a aplicação da Lei nº 11.343/06, é necessário que ela seja capaz de causar dependência.

Destaque-se que o conceito de droga da Lei nº 11.343/06 não é o mesmo da Portaria SVS/MS nº 344/98, que define droga como sendo "Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária" (art. 1º).

Não basta, portanto, que a substância conste em uma das listas do Anexo I da Portaria SVS/MS nº 344/98, sendo necessário comprovar, por meio de laudo técnico, que ela é capaz de causar dependência, o que a caracteriza como droga, nos termos da Lei nº 11.343/06.

No caso em análise, as substâncias apreendidas são lícitas e, portanto, o

Acesso ao Sumário

que está a caracterizar o crime é a ausência de autorização para sua venda.

O laudo pericial de fls. 82/131 traz a presença dos princípios ativos ”sibutramina” (Lista B2/substâncias psicotrópicas anorexígenas), “nortriptilina” (Lista C1/outras substâncias sujeitas a controle especial), “amitriptilina” (Lista C1), “sildenafil” (Lista C1), “tadalafila”, “femproporex” (Lista B2), “furosemida”, “anfepramona” (Lista B2), “bromazepam” (Lista B1 – Lista das substâncias psicotrópicas), “fluoxetina” (Lista C1), “tramadol” (Lista A2 – substâncias entorpecentes de uso permitido somente em concentrações especiais), “alprazolam” (Lista B1 – Lista das substâncias psicotrópicas), “lorazepam” (Lista B1), “fenitoína” (Lista C1) e “clonazepam” (Lista B1), todas controladas pela Portaria SVS/MS nº 344/98, de uso permitido (as de uso proscrito são aquelas que constam das Listas E e F).

Embora a grande quantidade de caixas de medicamentos controlados, com apontamento pela perícia do nº de registro na ANVISA, validade e procedência, certo que o laudo pericial não afirmou se as substâncias eram ou não capazes de determinar dependência física ou psíquica, o que se faria necessário para configurar o tráfico ilícito de drogas.

Se os réus, em concurso de agentes, comercializavam de forma ilegal medicamentos lícitos, inclusive com o fornecimento de receitas médicas em branco, tal conduta poderia, em tese, caracterizar um dos crimes previstos no Capítulo III do Título VIII do CP, que cuida justamente dos crimes contra a saúde pública.

Mas não caracteriza aquele previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, que exige, para sua configuração, serem as drogas ilícitas e causarem dependência química ou psíquica.

Seja como for, como não é possível o reconhecimento da *mutatio libelli* em grau de apelação, em observância à Súmula 453 do Col. STF, alternativa não há, respeitadas doutas opiniões em sentido diverso, do que absolver os recorrentes.

Nesse sentido a lição doutrinária: “*A mutatio libelli, diversamente do que ocorre na hipótese de emendatio libelli, não cabe em segunda instância. De acordo com a Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal, ‘não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa’. Embora a Lei n. 11.719/2008 tenha substituído as hipóteses de mutatio libelli – com ou sem aditamento obrigatório, antes previstas no caput e no parágrafo único do art. 384, respectivamente – por procedimento único (caput do art. 384), a Súmula 453 continua aplicável, sendo vedada a mutatio libelli em segunda instância. Assim, se a providência contida no caput do art. 384 for observada como necessária somente em grau de apelação, já não mais poderá*

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

o tribunal anular a decisão, cabendo-lhe apenas decretar a absolvição”[1].

Destaque-se que, uma vez afastada a condenação pelo tráfico, não há mais razão para manter a condenação dos acusados pelo delito de associação para o tráfico.

Por todas essas razões, tem-se por não provada a existência dos fatos imputados aos apelantes, impondo-se assim sua absolvição.

Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos para absolver os réus das imputações a eles feitas, com base no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000098-61.2009.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOCEMAR ROSA DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso, mantida integralmente a sentença impugnada. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto Nº 21.693 (RL))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 24 de julho de 2014.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: REABILITAÇÃO CRIMINAL. Rejeição da denúncia. Trânsito em julgado da decisão. Inexistência de condenação. Inteligência do art. 93, do CP. Inadmissibilidade do pedido. Apelo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por JOCEMAR ROSA DE OLIVEIRA de sentença que indeferiu pedido de reabilitação criminal, alegando que preenche os requisitos para a obtenção do benefício.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta

1 BONFIM, Edilson Mougenot, Curso de Processo Penal, Saraiva, 7ª Ed., p. 571.

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Com efeito, segundo o artigo 93, do Código Penal: "***a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação***".

Ora, no caso em tela, inexiste pena, condenação ou mesmo processo, pois a denúncia foi rejeitada, o que restou confirmado em segundo grau, ocorrendo o trânsito em julgado (conforme fls. 53/57, 104/108 e 110, todas dos autos principais), de modo que não há falar em reabilitação criminal, agindo bem o Magistrado *a quo* ao rejeitar o pleito.

Vale destacar que, no próprio requerimento de reabilitação, a Defesa juntou diversos documentos, entre eles uma certidão do distribuidor criminal (fls. 07 dos autos específicos), que resultou negativa ("nada consta"), de modo que o acusado certamente não está sofrendo constrangimento algum pela existência deste feito, cuja denúncia foi rejeitada, o que torna sem sentido a pretensão deduzida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantida integralmente a sentença impugnada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027918-43.2013.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CHRISTOPHER RONAN SILVA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, tão somente para afastar a substituição legal, bem como para fixar o regime fechado para início de cumprimento de pena, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), PAIVA COUTINHO e GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

SALLES ABREU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Apelação – Tráfico de drogas – Recurso Ministerial – Materialidade e autoria comprovadas – Firmes e coesos depoimentos prestados pelos policiais civis indicando o tráfico – Campana e apreensão de entorpecente e dinheiro em poder do recorrente – Apreensão, a seguir, de 35 pinos de cocaína no local em que o acusado se dirigia para efetuar a mercancia, totalizando 34,6 gramas de cocaína – Comércio espúrio confirmado por um usuário que solicitou entorpecente do acusado sem notar a presença policial – Negativa do réu isolada no conjunto probatório – Circunstâncias delitivas que não deixam dúvidas acerca do tráfico ilícito de entorpecentes praticado pelo réu – Condenação de rigor – Ausência de impugnação recursal.

Dosimetria – Pena-base fixada no mínimo legal – Redução máxima pela aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 – Afastamento da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos – Benesse que não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime – Fixado o regime fechado – Recurso provido".

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Ministério Público** contra a r. sentença de fls. 66/75 dos autos, que julgou procedente a ação penal condenando o acusado ao cumprimento da pena de **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão**, no regime inicial aberto, além do pagamento de **166 dias-multa**, no valor mínimo legal, por infração ao art. 33, "caput" e § 4º, da Lei nº 11.343/06, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritiva de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da carcerária, e prestação pecuniária de 02 salários mínimos a serem pagos a entidade assistencial a ser definida pelo Juízo das Execuções. Inconformado, recorre o Ministério Público requerendo o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena (fls. 82/84).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pela parte contrária, que refuta os argumentos trazidos nas razões do inconformismo (fls. 87/93).

Por fim, parecer da d. Procuradoria de Justiça que pugna pelo provimento

Acesso ao Sumário

do apelo ministerial (fls. 108/111).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

Em que pese o esforço e combatividade da defesa, o recurso interposto pelo Ministério Público será provido, devendo, portanto, ser mantida a condenação do apelado como incurso no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, afastando a substituição legal e fixando o regime fechado para início de cumprimento de pena.

Consta dos autos que, no dia 05 de junho de 2013, por volta das 10h00min., na Rua Luiz Gonzaga Rei do Baião, Conjunto Ema – Comarca de São José dos Campos, o réu Christopher Ronan Silva tinha em depósito e expunha à venda: 34,6 gramas de cocaína, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, policiais civis, cientes de que no local ocorria o tráfico de entorpecentes, efetuaram campana quando presenciaram três adquirentes de drogas dirigirem-se até o apelado, ocorrendo então a transação de compra e venda da droga.

De acordo com a visualização dos policiais, o acusado entregou aos adquirentes que o procuravam a droga que trazia na própria blusa que vestia, recebendo deles o correlato pagamento, ao passo que numa terceira oportunidade o acusado dirigiu-se até a calha de uma casa, pegou a droga e retornou ao local de origem, entregando então a droga ao adquirente que o aguardava e recebendo dele o respectivo pagamento.

Após a observação dessas três transações, cujos adquirentes não foram detidos, os policiais partiram para abordagem, vindo a encontrar em poder do acusado a quantia de R$ 30,00 em dinheiro e uma porção de cocaína que estava num dos bolsos de sua blusa.

Em seguida, em buscas na calha da mencionada casa, os policiais encontraram mais 35 pinos de cocaína que eram mantidos pelo denunciado para fins de comércio.

Durante a abordagem policial, surgiu ainda um quarto adquirente de droga – Augusto Cesar Alves que não se dando conta da presença de policiais no local, pediu ao acusado uma porção de cocaína, sendo também detido.

Já na unidade policial, em busca pessoal mais minuciosa, policiais civis ainda encontraram, ocultos em suas vestes íntimas, mais dois invólucros contendo cocaína, igualmente destinados à mercancia.

A materialidade e a autoria do crime não são objetos do recurso, não havendo qualquer insurgência recursal no tocante ao mérito, até porque, os policiais responsáveis pela diligência foram unânimes acerca da apreensão do entorpecente na posse do acusado, além de presenciarem, após a realização de campana, o apelado em pleno exercício do comércio espúrio, atividade esta, confirmada ainda por um usuário de drogas que solicitou entorpecente para o

Acesso ao Sumário

réu sem notar a presença policial, estando, portanto, devidamente fundamentada a prolatação do édito condenatório.

Com relação a dosimetria, o '*quantum*' fixado não sofrerá reparos, isto porque, a pena-base foi fixada no mínimo legal e reduzida no patamar máximo pela aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, totalizando a reprimenda do apelado em 01 ano e 08 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa, no piso.

Todavia, razão assiste ao Ministério Público no tocante o pedido para afastamento da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Com efeito, os arts. 33, § 4º e 44 "caput", ambos da Lei nº 11.343/06, impedem que os condenados pela prática dos crimes definidos nos arts. 33 "caput" e inciso I e arts. 34 a 37, todos da referida lei de entorpecentes, sejam beneficiados com as benesses legais.

Nada obstante o teor da recente resolução do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, arrimado na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a vedação legal à substituição para o crime de tráfico, no julgamento do "Habeas Corpus" nº 97.256/RS, o posicionamento parece não refletir a conjuntura expectável frente à forte política de combate ao tráfico de entorpecentes implementada pelo Estado.

Note-se que o próprio artigo 44 do Código Penal estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena ou concessão do 'sursis', obstando a concessão dos beneplácitos legais a casos em que os benefícios não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai de encontro ao tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de entorpecentes nos artigos 5º, inc. XLIII, LI e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada caminhou o legislador infraconstitucional ao equiparar o tráfico de drogas à categoria de crime hediondo, submetendo os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.

Assim, a impossibilidade de se aplicar a benesse ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.

Desta forma, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para

Acesso ao Sumário

impor sanções restritivas de direitos ou suspender condicionalmente a pena a condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país, como a corrupção de agentes públicos, o tráfico de armas, delitos contra a pessoa, contra a vida, contra a fé pública etc.

Confira-se, por oportuno, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: *HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...) 3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a natureza e quantidade da droga apreendida. Precedentes. 4. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deveria a Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime prisional fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007. Contudo, em observância ao princípio da vedação à reformatio in pejus, fica mantido o regime inicial semiaberto* (STJ – HC 208919/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 22/09/2011).

Conclui-se, portanto, que o crime continua grave e hediondo, sendo que tal substituição não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, portanto, necessário seu afastamento.

No mesmo diapasão, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena. A imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo pela legislação infraconstitucional.

Acesso ao Sumário

O tratamento mais severo configura eficiente medida político-criminal, harmonizando a legislação brasileira aos Tratados Internacionais de que o país é signatário, referentes ao combate contra a traficância ilícita, sobretudo diante do alto índice de drogas produzidas no país e a localização estratégica do Brasil como rota para a entrada e saída de entorpecentes para distribuição nacional e internacional.

Ademais, o elevado poder de disseminação das substâncias perniciosas, demandam a imposição de regime mais severo, sendo necessário, portanto, a

fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena.

Isto posto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso interposto pelo **Ministério Público**, tão somente para afastar a substituição legal, bem como para fixar o regime fechado para início de cumprimento de pena, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0058550-42.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelado CLAUDIO NOGUEIRA DE SOUZA, Apelantes GILMAR RIBEIRO DOS SANTOS, ROBERTO MERELES, EDER JOFRE CRUZ ROCHA, FERNANDO BRITTO MEDEIROS, FABIO DANIEL TORRES e LIZ FABIANA GIMENEZ GAUTO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 494)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO MORTARI e J. MARTINS.

São Paulo, 7 de agosto de 2014.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM BUSCA DA CONDENAÇÃO DE MATEUS E ÉDSON, ABSOLVIDOS NA ORIGEM, BEM COMO O AUMENTO DAS PENAS PARA TODOS OS DENUNCIADOS – NÃO ACOLHIMENTO.

RECURSOS DEFENSIVOS – PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DO TEMPO DE AUTORIZAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA SEU DEFERIMENTO – NÃO ACOLHIMENTO

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

– DURAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO COMPATÍVEL COM A COMPLEXIDADE DO CASO – DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERIU A PROVA ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NO MÉRITO, ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – INOCORRÊNCIA – PROVA PRODUZIDA SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS E A ASSOCIAÇÃO ENTRE OS RÉUS, PELO TEOR DE SUAS CONVERSAS E APREENSÃO DA DROGA – ESTABILIDADE, LOGÍSTICA E DIVISÃO DE TAREFAS BEM DEFINIDAS JUSTIFICAM RESPOSTA IDÊNTICA A TODOS OS PARTICIPANTES DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – POLICIAIS SÃO TESTEMUNHAS COMO QUALQUER PESSOA E A IMPUGNAÇÃO A SEU DEPOIMENTO DEVE SER OBJETIVA, NÃO GENÉRICA – PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DAS PENAS, SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E MODIFICAÇÃO DO REGIME IMPOSTO – INADMISSIBILIDADE – PENAS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS DE ACORDO COM OS ARTS. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI DE DROGAS – REGIME PRISIONAL INICIAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA ESTABELECIDO DE ACORDO COM OS PRECEITOS LEGAIS – DESCABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO.

NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS DEFESAS.

READEQUAÇÃO *EX OFFICIO* DA PENA APLICADA, BEM COMO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO, AO CORRÉU GILMAR, PELA CONDENAÇÃO REFERENTE AO CRIME DE RESISTÊNCIA, DE RECLUSÃO PARA A DE DETENÇÃO, E DO FECHADO PARA O SEMIABERTO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas pelo Ministério Público e pelas defesas dos réus **Claudio Nogueira de Souza, Roberto Mereles, Eder Jofre Cruz Rocha, Fabio Daniel Torres, Liz Fabiana Gimenez Gauto, Fernando Britto Medeiros** e **Gilmar Ribeiro dos Santos** contra a r. sentença de fls. 970/1001, que absolveu os réus **ÉDSON CARLOS DE MELLO** e **MATEUS DE MELLO**, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal e condenou os acusados **Claudio, Roberto, Eder, Fabio, Liz** e **Fernando** pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, impondo-lhes as penas privativas de liberdade de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, a serem cumpridas as privativas de liberdade inicialmente no regime fechado, além de condenar **Gilmar** pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, 14 da Lei nº 10.826/03 e 329, do Código Penal, impondo-lhe, respectivamente, as penas privativas de liberdade de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, mais 1110 (mil, cento e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa e 02 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, a serem cumpridas as privativas de liberdade inicialmente no regime fechado.

Inconformados, recorrem, o Ministério Público, em busca da condenação de Mateus e Édson, bem como o aumento das penas para todos os denunciados (fls. 1093/1104), enquanto as defesas reclamam, em preliminar, não suscitada por todos, mas a todos se estenderia, nulidade em razão do tempo de autorização das interceptações telefônicas e falta de fundamentação para seu deferimento, e, no mérito, insuficiência probatória para a absolvição em relação a todos os crimes, ou apenas com relação à condenação pelo crime de associação para o tráfico, o reconhecimento de participação de menor importância, afastamento da causa de aumento de pena, com o que seria possível o acolhimento do pedido subsidiário de redução das penas, aplicação da substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos e modificação do regime inicial imposto para outro menos rigoroso.

Recursos tempestivos (fls. 1061/1072, 1075/1087, 1093/1104, 1109/1133, 1142/1186 e 1260/1274) e contrarrazoados (fls. 1106/1108, 1188/1216, 1220/1221, 1279/1290, 1292/1303 e 1305/1319).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares, pelo provimento integral ao apelo do Ministério Público e pelo não provimento aos recursos defensivos (fls. 1327/1343).

É o relatório.

DA PRELIMINAR

A alegação de nulidade das interceptações telefônicas não comporta acolhimento.

Pouco importa que, em um primeiro momento, quando encetada a medida cautelar ora em tela, alguns dos acusados não fossem especificamente o agente visado. Importa considerar, a fim de assentar a higidez da prova, que as decisões que decretaram as interceptações telefônicas vieram lastreadas em dados empíricos a sugerir a existência de uma associação para a prática do tráfico de drogas, com a identificação de seus autores eclodindo gradativamente.

Cabe atentar para o detalhamento dos relatórios policiais a esse respeito, bem assim para as explicações contidas nos requerimentos e fundamentações lançadas nas r. decisões de deferimento, no apenso próprio que cuidou das interceptações telefônicas.

É certo também que a prova, dentro de um quadro de razoabilidade, não podia ser feita de outro modo. Além disso, foram devidamente identificadas as pessoas investigadas. Tudo, afinal, a traduzir a juridicidade das interceptações telefônicas, porquanto satisfeitos os requisitos estampados no artigo 2º, da Lei nº 9.296/96.

A circunstância do nome do réu ter surgido em meio ao procedimento não contamina a prova a ponto de invalidá-la, como pretende a combativa defesa. Aliás, uma das finalidades da interceptação telefônica, neste tipo de investigação, é justamente prestar-se como elemento a viabilizar a identificação de todos os integrantes do grupo criminoso.

Discorrendo sobre o tema, leciona **VICENTE GRECO FILHO**: "**A autorização de interceptação, parece-nos irrecusável, abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquele que justificou a providência. Caso contrário, a interceptação seria praticamente inútil. Pode ocorrer, até, que se verifique a inocência daquele que justificou a interceptação e o envolvimento de outros. Não vemos, pois, limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada ao fato que justificou**". (**VICENTE GRECO FILHO**, Interceptação Telefônica, Saraiva, 2006, pp. 34/35).

Seguindo a mesma trilha, **LUIZ FLÁVIO GOMES** obtempera que a "**descoberta de outras pessoas envolvidas com o delito investigado é válida**" (Legislação Criminal Especial, Coleção Ciências Criminais, vol. 6, RT, pp. 475).

Nesta matéria, aliás, se no curso de interceptação telefônica legitimamente desencadeada, surgirem dados referentes até mesmo a crime diverso do originariamente investigado – quadro para além da hipótese em tela –, mas em relação de conexão ou continência com o primeiro, tais elementos têm sim

Acesso ao Sumário

valor probatório (**STF, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 761.706, rel. Min. Cármen Lúcia; HC nº 81.260, rel. Min. Sepúlveda Pertence; RMS nº 24.956, rel. Min. Marco Aurélio**).

Além disso, conferiu-se efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que se assegurou às partes, notadamente à defesa, o acesso à totalidade das conversas, para que pudessem examinar o material e fazer os requerimentos e impugnações que achassem pertinentes, atentando-se para os princípios do devido processo legal e da proporcionalidade.

O artigo 155 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.690/08, não desqualificou a prova produzida na fase inquisitorial; apenas vedou que o magistrado assentasse a condenação exclusivamente nelas. Em outras palavras, "**o juiz pode levar em conta as provas produzidas no inquérito policial desde que conjuntamente com as provas produzidas em contraditório judicial**" (**ANDREY BORGES DE MENDONÇA**, Nova Reforma do Código de Processo Penal, Editora Método, 2008, p. 155).

Por tal razão, **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** fala em "**limitação moderada em relação à investigação inquisitiva**" (Código de Processo Penal Comentado, RT, 8ª edição, p. 342). O Col. **Supremo Tribunal Federal**, de resto, já decidiu pela validade dos elementos de prova produzidos no inquérito policial, os quais podem ser usados, a título de fundamentação, enquanto dados complementares à prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para sustentar a condenação. O que não se admite é um provimento condenatório assentado essencialmente em prova obtida na fase policial (**RHC nº 99.057, rel. Min. Ellen Gracie; HC nº 105.837, rel. Min. Rosa Weber; HC nº 104.669, rel. Min. Ricardo Lewandowski**).

Por outro lado, inexistem nos autos quaisquer nulidades relacionadas ao procedimento de escuta telefônica, pois não houve o alegado excesso na quebra do sigilo telefônico. As prorrogações mostraram-se necessárias para elucidação dos fatos, foram constantemente autorizadas pelo juízo da causa e não se estenderam por prazo excessivo, sendo possível a aplicação do princípio da razoabilidade, tendo-se em vista o grande número de pessoas envolvidas na investigação.

Além disso, farta a orientação, doutrinária e jurisprudencial, no sentido de que a escuta telefônica encontra respaldo na Constituição Federal.

Na realidade, embora a Carta Magna tenha estabelecido que a intimidade e a vida privada das pessoas, bem como o sigilo das comunicações telefônicas, são invioláveis, de conformidade com os incisos X e XII, art. 5º da Lei Maior, tal inviolabilidade, quanto a tal sigilo, é relativa, admitindo-se o emprego de escutas telefônicas, ou interceptações, com finalidades específicas e desde que

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

de acordo com normas legalmente estipuladas a respeito do tema.

Consoante leciona José Afonso da Silva ("Direito Constitucional Positivo", 10ª edição): "abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos".

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas são permitidas e podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente. Todos os elementos de convicção encontrados no curso de interceptação telefônica autorizada judicialmente são idôneos e sua utilização para os fins de investigação criminal é lícita.

Confira-se a respeito: HC nº 126.231-RS, min. Gilson Dipp, STJ, julgamento de 9 de novembro de 2010; HC nº 83.018-PR, relator Adilson Vieira, julgamento de 22 de fevereiro de 2011, STJ; HC nº 190.917-SP, min. Celso Limongi, julgamento de 15 de março de 2011, STJ; HC nº 83.515-RS, min. Nelson Jobim, julgamento de 16 de setembro de 2004, STF.

No caso dos autos em exame, o monitoramento foi deferido judicialmente nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, já que havia indícios razoáveis de participação de determinadas pessoas em associação para o tráfico de drogas. Relevante salientar que a interceptação telefônica constitui elemento muito valioso na elucidação de delitos de alta complexidade, com vários envolvidos.

No caso específico, portanto, as interceptações telefônicas foram judicialmente autorizadas, sendo certo que a necessidade da medida estava demonstrada pela complexidade das investigações, porque se trata de organização destinada ao tráfico de entorpecentes, com grande número de integrantes, não havendo nenhuma ilegalidade e muito menos inconstitucionalidade na prova produzida dessa forma, diversamente do que vem sustentado nas respeitáveis e bem fundamentadas razões recursais.

Tal interceptação é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados ou apontados como suspeitos de atividades criminosas. Exatamente a hipótese dos autos em exame.

Os telefones celulares foram apreendidos em poder dos suspeitos, transcrevendo-se os números de cada um dos aparelhos, indicando-se inclusive apelidos usados pelos interlocutores das conversas. Além disso, nada há nos autos a indicar que não eram os próprios proprietários a fazer uso dos equipamentos durante o período de monitoramento.

A preliminar, assim, fica rejeitada.

Acesso ao Sumário

DO MÉRITO

Ao que consta da denúncia (fls. 1-d/9-d), no período compreendido entre os meses de julho e outubro de 2011, nos municípios de Ribeirão Preto, Jaboticabal e outros circunvizinhos, neste Estado de São Paulo, bem como nos municípios de Bela Vista e Três Lagoas, situados no Estado do Mato Grosso do Sul, os denunciados **ÉDSON CARLOS DE MELLO, MATEUS DE MELLO, CLAUDIO NOGUEIRA DE SOUZA, vulgo "cunhado", ROBERTO MERELES, EDER JOFRE CRUZ ROCHA, FABIO DANIEL TORRES, vulgo "gordo", LIZ FABIANA GIMENEZ GAUTO, vulgo "Fani", FERNANDO BRITTO MEDEIROS, vulgo "roda presa"** e **GILMAR RIBEIRO DOS SANTOS, vulgo "capivara"** associaram-se entre si e com indivíduos não identificados, conhecidos apenas pelas alcunhas de "Pezão" e "Zezé", para praticarem, reiteradamente, crimes de tráfico de drogas previstos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Ainda segundo a inicial acusatória, no dia 21 de outubro de 2011, por volta das 11h45min, na Rodovia Mário Donegá, **CLAUDIO NOGUEIRA DE SOUZA, vulgo "cunhado"**, transportou drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e os demais denunciados, **ÉDSON CARLOS DE MELLO, MATEUS DE MELLO, ROBERTO MERELES, EDER JOFRE CRUZ ROCHA, FABIO DANIEL TORRES, vulgo "gordo", LIZ FABIANA GIMENEZ GAUTO, vulgo "Fani", FERNANDO BRITTO MEDEIROS, vulgo "roda presa"** e **GILMAR RIBEIRO DOS SANTOS, vulgo "capivara"**, concorreram, de qualquer modo, para a prática do referido delito de tráfico de drogas.

Neste mesmo dia 21 de outubro de 2011, no local conhecido como "Assentamento Córrego Rico", município de Jaboticabal, o denunciado **GILMAR RIBEIRO DOS SANTOS**, **vulgo "capivara"**, portava e detinha arma de fogo e munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e se opôs, mediante violência, à execução de ato legal que seria praticado por funcionário público competente para tanto.

Desde o mês de julho de 2011 a Delegacia de Polícia Federal de Ribeirão Preto vinha monitorando as atividades do denunciado Gilmar, que se associou aos outros indivíduos para a prática dos crimes de tráfico naquela região, abrangida pelos municípios de Ribeirão Preto, Jaboticabal e outros contíguos, ação que se comunicava com os municípios de Bela Vista e Três Lagoas, situados no Estado de Mato Grosso do Sul. Este monitoramento foi "batizado" como "Operação Ventania".

Interceptações telefônicas regularmente autorizadas judicialmente revelaram que Gilmar era o líder da associação criminosa e um dos proprietários das drogas apreendidas, sendo o responsável pela aquisição dos estupefacientes

Acesso ao Sumário

com fornecedores e distribuição aos compradores, coordenando, para tanto, as atividades de Claudio, Edson, Mateus, Roberto, Eder, Fabio, Liz, Fernando e outros não individualizados, conhecidos pelas alcunhas de Zezé e Pezão.

Gilmar supervisionava a venda, entrega dos entorpecentes e recebimento dos pagamentos.

Mateus, coproprietário das drogas apreendidas, era o comandante do crime organizado no Assentamento Córrego Rico, tendo como seu "braço direito" seu próprio filho, o denunciado Edson, que, dentre outras tarefas, era incumbido de receber e conferir as drogas que eram transportadas para lá.

Claudio era responsável pelo deslocamento físico dos entorpecentes, tarefa na qual era, vez ou outra, auxiliado por Fabio, Roberto, Eder e Fernando.

Fabio, além da função de escolta do transportador Claudio, era auxiliado por sua esposa Liz nos contatos que estabeleciam com fornecedores e compradores de drogas.

No dia 11 de outubro, Gilmar, morador no assentamento localizado em Jaboticabal, estabeleceu com Fabio, morador em Bela Vista/MS, o transporte de cerca de 200kg a 300kg de maconha para o referido assentamento Córrego Rico.

No dia 19 de outubro, Fabio e sua esposa Liz encetaram preparativos para o transporte acertado com Gilmar, tendo, para tanto, combinado depósito com este último, de determinada quantia em dinheiro, e com Fernando os meios de transporte.

No dia 21 de outubro, com todos os preparativos ultimados, Claudio assumiu o volante do veículo VW-Gol, preto, placas KEN-2245, em cujo interior introduziram 268,8kg (duzentos e sessenta e oito quilos e oitocentos gramas) da substância entorpecente denominada "Cannabis sativa L", vulgarmente conhecida como maconha, capaz de determinar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, enquanto os corréus Fabio, Roberto, Eder e Fernando o acompanharam, na função de "batedores", a bordo do veículo Fiat/Uno branco de placas HTQ-6362, licenciado em Bela Vista/MS. Na função de "batedores", os corréus incumbiram-se de constatar a existência de eventuais barreiras policiais para a garantia do transporte a salvo da droga que seria entregue.

Após, os denunciados deixaram o Estado de Mato Grosso do Sul e rumaram para Jaboticabal.

Os policiais, que a tudo monitoravam, posicionaram-se nas imediações do assentamento, oportunidade em que visualizaram o veículo VW-Gol, com um de seus pneus furado, conduzido por Claudio, ingressar no lote 45, ocupado por Mateus. Na sequência, chegaram naquele mesmo lote o corréu Gilmar, conduzindo o veículo GM-Celta, preto, placas EVJ-4064, e os corréus Fabio, Roberto, Eder e Fernando, ocupando o Fiat-Uno branco. Por fim, e contando

Acesso ao Sumário

ainda com a presença de Edson, os acusados puseram-se a observar a carga de drogas acondicionada no veículo VW-Gol.

Enquanto o pneu furado do VW-Gol era substituído pelo estepe (o danificado foi colocado no porta-malas do GM-Celta), Mateus se posicionou na entrada do assentamento para vigiar e informar todo o grupo sobre eventuais percalços.

Logo a seguir, os corréus deixaram aquele assentamento rapidamente.

Claudio, conduzindo o VW-Gol carregado com a droga, partiu em alta velocidade rumo a Ribeirão Preto. Policiais Militares, acionados, puseram-se a interceptar, na altura do km 21 da Rodovia Mário Donegá, a trajetória do veículo, mas o condutor Claudio, ao perceber aquela ação policial, desrespeitou o sinal de parada e empreendeu fuga, no que foi perseguido. Pouco tempo após a perseguição, Claudio perdeu o controle e caiu em um córrego, já no município de Ribeirão Preto. Em buscas no veículo, os policiais apreenderam os 268,8kg de maconha, acondicionados em diversos tabletes.

Prosseguindo com as diligências, os agentes da segurança pública se dirigiram ao hotel Terraço, localizado na entrada do município de Jaboticabal, onde se encontravam os corréus Fabio, Roberto, Eder e Fernando, apreendendo com eles o Fiat-Uno, em cujo interior foi encontrado um contrato de locação firmado pelo denunciado Claudio na condição de locatário.

Aos policiais, durante aquela abordagem, Claudio e Fabio Daniel confessaram o transporte da droga desde Três Lagoas, Mato Grosso do Sul.

Naquele mesmo momento, outro grupo de policiais realizava diligências no assentamento Córrego Rico, mas essa ação foi obstada pelo corréu Gilmar, que reagiu à prisão e agrediu os agentes da segurança pública, mas, mesmo assim, o ato foi realizado. Em poder de Gilmar, os policiais apreenderam o revólver Taurus, calibre 38, nº HC27317, municiado com 5 cartuchos intactos, apto à realização de disparos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Os policiais ainda localizaram, no interior do GM-Celta de Gilmar, o pneu furado que havia sido retirado do VW-Gol conduzido por Claudio para transportar a droga. Naquele assentamento, nas proximidades do imóvel de Gilmar, foram presos Mateus e Edson.

A materialidade delitiva em relação aos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante delito, autos de exibição e apreensão do material respectivo, bem como e especialmente pelos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 153/157) e pericial (fls. 137/140), além dos demais elementos probatórios constantes nos autos. Com respeito aos crimes de associação para o tráfico e resistência, seu reconhecimento decorre da prova oral colhida, visto que não são infrações

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

penais materiais.

Inicialmente, cumpre analisar o recurso do Ministério Público.

Conquanto houvesse, inicialmente, algum suporte indiciário no sentido de responsabilização dos denunciados Edson e Mateus, o certo é que a prova coligida nos autos não robusteceu aquele acervo, de sorte que essa presunção inicial não se convolou em prova judicialmente apta a escorar decreto condenatório.

É certo que Edson e Mateus residem no mesmo assentamento em que Gilmar se dedicava a intenso movimento com material entorpecente, associado aos demais denunciados. Mas o liame subjetivo entre eles três, seja cotejando os dados de levantamento das interceptações telefônicas, seja interpretando os relatos dos policiais em juízo, seja ponderando as considerações expendidas pelos ilustres representantes do Ministério Público, não está suficientemente consolidado.

Com efeito, embora haja algum registro de ligações entre os celulares por eles portados, (16) 9199-8085 (Mateus) e (16) 9361-0775 (Gilmar), é certo que residem no mesmo local, são amigos há anos e a prova deixa entrever que existiria vínculo de cunhadio entre eles (interrogatório de Claudio, informando que, com o pneu furado, solicitou auxílio a um senhor, que seria Mateus, o qual lhe disse que o cunhado, que vem a ser Gilmar, era borracheiro e poderia ajudar), circunstâncias que autorizam reconhecer que não seriam contatos destinados ao tráfico.

Observe-se que nas interceptações telefônicas os envolvidos sempre se mostraram preocupados com possíveis “grampos”. Isso significa reconhecer que, caso estivessem efetivamente vinculados ao comércio clandestino de drogas, por serem vizinhos e familiares, eles desenvolveriam as diretrizes a esse respeito pessoalmente, e não por meio de contatos telefônicos.

De mais a mais, os informes dos policiais são superficiais a esse respeito, limitando-se a dizer que Mateus poderia ter realizado alguma vigilância na entrada do assentamento, mas objetivamente tem-se que seu lote se situa na região limítrofe daquela localidade, o que se mostra óbice à aceitação daquela suspeita como prova de atividade de “olheiro”.

Quanto a Edson, a prova sequer revela sua assiduidade naquele local. Mora em outro local e visita seu pai, Mateus, esporadicamente, nos feriados ou finais de semana. Informações incompatíveis com engajamento no comércio clandestino de drogas.

Pode ser que a justificativa de Claudio, no sentido de ter chegado a Gilmar por meio da ajuda de Mateus seja simples tentativa de obstar a apuração da verdade, mas essa presunção não se mostra apta a justificar reconhecimento da responsabilidade criminal de Mateus e Edson.

Com relação aos demais acusados, entretanto, diferentemente do que

ocorre em relação a Edson e Mateus, a autoria delitiva restou suficientemente comprovada pelas provas mencionadas, ou seja, pelo acompanhamento das comunicações telefônicas, apreensão das drogas e veículos em poder deles e depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, bem assim daqueles que cuidaram da análise dos dados extraídos das interceptações realizadas.

Para a análise quanto à autoria, ratifica esta relatoria os depoimentos na forma em que restaram consignados na r. sentença monocrática, eis que se trata de documento oficial e acobertado pela fé pública, diante da colheita através de sistema audiovisual (mídia a fl. 819), mesmo porque em momento algum seu conteúdo foi contestado pelas defesas.

Constata-se que o corréu Claudio confessa seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes, mas não cumpre com a excelência que lhe incumbia desempenhar, a tarefa de produzir prova apta a obnubilar a certeza de envolvimento dos seus companheiros de atividade criminosa.

Não é incomum, em apurações desse porte, que um dos envolvidos tente assumir isoladamente a responsabilidade pelo todo complexo logístico identificado, com nítido propósito de preservar outros envolvidos, mas essa estratégia não tem surtido efeitos práticos desejados. Sobretudo no caso dos autos, quando a prova cuida de revelar o envolvimento de toda a quadrilha até então identificada.

Afirma Claudio em seu interrogatório que receberia cerca de R$ 3.000,00 (três mil reais) pelo transporte do material entorpecente, e para tanto conduziria o veículo VW-Gol, em cujo interior a droga se encontrava acondicionada, de Jales/SP até Ribeirão Preto, local em que tudo seria entregue a terceiro, cujos dados não soube, ou não quis, explicitar.

Confirma ter locado o veículo Fiat-Uno branco, deixando-o aos cuidados do corréu Fernando, a quem também teria entregue a importância de R$ 200,00 (duzentos reais), com a incumbência de dar-lhe carona a partir de Ribeirão Preto para o retorno, após a entrega da droga, dizendo inicialmente que ele sairia de Três Lagoas/MS em direção a Jales, retificando, ao final, que ele sairia de Andradina, mas eximindo Fernando de qualquer conhecimento acerca de seu envolvimento com as drogas que seriam transportadas.

Nas proximidades de Jaboticabal, teve um dos pneus furado, oportunidade em que solicitou ajuda a um senhor, que pulverizava uma plantação, e ele se prontificou, indicando seu cunhado que seria borracheiro. Logo após o conserto, retomou seu percurso rumo a Ribeirão Preto, mas foi interceptado por policiais nas proximidades de Dumont. O veículo Fiat-Uno não passou pelo assentamento. Conheceu os demais acusados somente no distrito policial.

A esse respeito, Gilmar informa que de fato consertou o pneu do carro de

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Claudio, recebendo pelo serviço a importância de R$ 30,00 (trinta reais).

Mateus aumenta o problema de Claudio, dizendo que o carro ocupado por este último estava com dois pneus furados.

Fabio informa que apanhou um táxi na cidade de Ponta Porã/MS, com destino a Ribeirão Preto, onde iria adquirir uma caminhonete. No percurso, passou por Dourados/MS, onde Roberto ingressou no táxi. A seguir, dirigiram-se até Campo Grande/MS, onde encontraram-se com Eder, que também ingressou naquele táxi. Por último, foram até Andradina, onde combinaram com Fernando a viagem até Ribeirão Preto/SP.

Roberto inverte a ordem indicada por Fabio, ao afirmar que iria a Ribeirão Preto, a passeio, a convite de Eder, e os custos seriam divididos entre ele, Eder, Fabio e Fernando. Foram presos em um hotel localizado em Jaboticabal, ocasião em que os policiais os agrediram.

Fernando acaba por desmentir a versão de Fabio, ao tentar confirmar a estória criada por Claudio. Disse que iria a Ribeirão apenas para buscar Claudio, que havia providenciado um Fiat-Uno para tanto, em cujo interior estava o respectivo contrato de locação. Fabio, ainda em Andradina, ofereceu-se para acompanhá-lo, uma vez que pretendia adquirir uma caminhonete. Fabio, Eder e Roberto arcariam apenas com os custos de hospedagem em Jaboticabal.

Por fim, Eder traz novidades que ainda mais incompatibilizam os relatos anteriores dos corréus, descrevendo que Fabio e Roberto o buscaram em Campo Grande/MS solicitando que os levasse até Três Lagoas/MS e Andradina/SP. Em Andradina, Fabio combinou com Fernando a viagem até Ribeirão Preto. Fabio arcaria com todos os custos da viagem. Foram presos no hotel em Jaboticabal, mas ninguém foi agredido.

Em suas narrativas, portanto, Fernando, Roberto e Eder fizeram desaparecer o táxi citado por Fabio como sendo o meio de transporte que utilizaria para o deslocamento até Ribeirão Preto, comprometeram a combinação sobre a divisão das despesas com transporte e hospedagem.

Acesso ao Sumário

Aliás, sequer explicaram o porquê de terem sido surpreendidos hospedados em um hotel localizado na cidade de Jaboticabal, quando o propósito da viagem, segundo alegam, seria a aquisição, por Fabio, de uma caminhonete, ou a carona de Fernando em favor de Claudio, ou mesmo simples passeio, como diz Roberto, eventos que se dariam em Ribeirão Preto!

A explicação é simples e desmente essas três finalidades distintas e inconciliáveis contidas nas versões inverossímeis dos acusados, quais sejam, carona, passeio e compra de caminhonete. Planejaram ficar em um local próximo ao assentamento Córrego Rico, base ocupada pelo corréu Gilmar, local de entrega das drogas, cuja escolta realizaram, e que fica às margens da rodovia que liga as cidades de Jaboticabal, em cujo perímetro se situa (o assentamento)

a Pradópolis.

Os quatro acusados, Fabio, Fernando, Eder e Roberto, ocupando o Fiat-Uno vieram escoltando a entrega daquela imensa quantidade de maconha que estava no interior do veículo VW-Gol conduzido por Claudio.

Isso porque, não se pode deixar de observar, a quantidade de maconha introduzida e transportada no veículo conduzido por Claudio equivale ao peso e ao volume de três pessoas de porte avantajado, cada qual com aproximadamente 90 (noventa) quilos de peso e massa, uma vez que se cuidava de 268,8kg (duzentos e sessenta e oito quilos, oitocentos gramas) de entorpecente, o que significa dizer que este veículo estava com sua capacidade de passageiros e carga praticamente atingida.

E a prova coligida aos autos, consistente, em sua mais expressiva força de convicção, nos depoimentos dos policiais encarregados da operação e nos dados extraídos das interceptações telefônicas, nelas compreendidos os dados retirados dos aparelhos apreendidos e periciados, confirma, "quantum satis", a tese acusatória em relação aos réus (exceção feita a Edson e Mateus), pelos crimes a que respondem.

Com efeito, os policiais descrevem, em uníssono, que, orientados pelos informes colhidos ao longo de alguns meses de acompanhamento dos contatos telefônicos estabelecidos entre os corréus, na data dos fatos posicionaram-se estrategicamente para a abordagem, certos de que o material entorpecente, com peso variando entre 200kg e 300kg, conforme combinado por telefone, seria entregue naquela data e naquela região.

Assim é que, adotado o mesmo critério com relação à fidelidade do conteúdo da mídia que contém os interrogatórios dos acusados, que não foi impugnado pelas combativas defesas, na parte em que a r. sentença tece consideração sobre os depoimentos dos policiais, igualmente não impugnada pelos ilustres defensores, fica consignado que:

"*Os agentes da polícia federal Moacyr de Moura Filho e Sandro Lindolfo Zanovelo Fogaça, de forma uníssona e convergente, em juízo (mídia de fls. 681), disseram que investigações sobre o tráfico interestadual de entorpecentes, que resultaram na prisão de um membro do 'PCC' conhecido pela alcunha de 'Corintiano', revelaram que Gilmar, sitiante do assentamento Córrego Rico, localizado em Jaboticabal/SP, também estaria envolvido com tal comércio ilícito; que as interceptações telefônicas realizadas revelaram negociações entre GILMAR e FABIO para o transporte de grande quantidade de droga para o Estado de São Paulo; que LIZ atuava como intermediária nas tratativas entre FABIO e GILMAR; que à época dos fatos, FABIO teria perguntado a GILMAR se este ainda criava porcos; que, não obstante a negativa de GILMAR, FABIO teria lhe oferecido entre 200kg a 300kg de 'ração'; que as antenas de telefonia*

Acesso ao Sumário

teriam confirmado que FABIO se encontrava na cidade de Bela Vista, Estado do Mato Grosso do Sul; que LIZ, em inúmeras ligações, teria solicitado a GILMAR o depósito de uma quantia em dinheiro para que FABIO prosseguisse com a viagem; que resolveram, então, monitorar constantemente o assentamento Córrego Rico; que, no dia dos fatos, por volta das 10h, um veículo VW/Gol, de cor preta, conduzido pelo corréu CLÁUDIO, chegou no Assentamento, com um dos pneus furados; que tal veículo estacionou no lote do corréu MATEUS; que, após, GILMAR chegou ao local conduzindo um veículo GM/Celta, de cor preta; que, alguns minutos depois, um veículo Fiat/Uno, de cor branca, ocupado por FABIO e outros três indivíduos que, depois, descobriu-se serem os corréus FERNANDO, EDER E ROBERTO, teria chegado ao local; que, do local em que estavam, observaram um grande volume de objetos amarelados no banco traseiro do veículo VW/Gol; que, após, GILMAR teria consertado o estepe do veículo VW/Gol; que MATEUS, de forma disfarçada, teria mantido vigilância à frente do assentamento; que MATEUS, por intermédio do telefone celular, teria informado os outros acusados acerca da presença de policiais; que então, após o conserto do pneu, CLÁUDIO teria adentrado o veículo VW/Gol e partido em direção a Ribeirão Preto; que, algum tempo depois, FABIO, FERNANDO, EDER e ROBERTO teriam adentrado o veículo Fiat/Uno e partido em direção a Jaboticabal; que resolveram, então, pedir auxílio à Polícia Militar para que o veículo VW/Gol fosse abordado; que, próximo à cidade de Dumont, tal veículo teria deixado de responder a solicitação policial de parada, evadindo-se; que já na cidade de Ribeirão Preto, em perseguição, o veículo VW/Gol teria caído em um córrego; que, dentro do veículo, foi encontrada toda a droga apreendida; que, então, se dirigiram ao hotel Terraço, na cidade de Jaboticabal, onde efetuaram a prisão de FABIO, FERNANDO, EDER E ROBERTO e apreenderam o veículo Fiat/Uno; que, dentro de tal veículo, nada de ilícito foi encontrado; que compareceram ao assentamento Córrego Rico, onde efetuaram a prisão de MATEUS, ÉDSON e GILMAR; que GILMAR teria tentado empreender fuga; que, durante tal subterfúgio, GILMAR teria caído em um barranco; que, não obstante tal queda, GILMAR ainda teria resistido à prisão, entrando em luta corporal com os policiais; que, após; perceberam que GILMAR portava uma arma em sua cintura e tentava sacar tal artefato; que, para conter o acusado, teriam ameaçado efetuar um disparo, momento no qual GILMAR teria cedido à prisão; que não chegaram a ser feridos por GILMAR" (fls. 981/982).

Os policiais militares que deram apoio à operação puderam prestar esclarecimentos a respeito da abordagem feita ao acusado Cláudio, confirmando, "*igualmente de forma convergente, que receberam informações acerca de um indivíduo que, em um veículo VW/Gol de cor preta, estaria transportando grande quantidade de droga; que, próximo à cidade de Dumont, avistaram o veículo e solicitaram que o mesmo parasse, não sendo atendidos; que, então,*

Acesso ao Sumário

perseguiram-no até a cidade de Ribeirão Preto, onde o automóvel veio a cair em um córrego; que, dentro de tal carro, encontraram droga apreendida; que, à época, CLÁUDIO teria dito que trazia a droga de Três Lagoas/MS, receberia cerca de R$ 2.000,00 pelo transporte, e entregaria todo o entorpecente a pessoa desconhecida; que o acusado teria mencionado a pessoa de apelido 'Gordo'" (fl. 982).

Não há nenhuma circunstância que autoriza suscitar, sequer, dúvidas quanto ao aproveitamento da prova testemunhal, mesmo porque os policiais e os apelantes nada disseram sobre terem tido qualquer contato anterior, e, portanto, não se há cogitar de qualquer possibilidade de vingança ou de qualquer atitude tendente a incriminar pessoas inocentes.

Ademais, os réus nada disseram ter contra os depoentes.

É dever do apelante, se tem versão exculpante, apontar-lhe todos os dados, de modo a convencer da ausência de responsabilidade. Contudo, nada obstante não tivessem os recorrentes mencionado possibilidade de incorreção no comportamento dos policiais, é certo que nenhuma prova indica estivessem os agentes envolvidos em conspiração para prejudicar inocente e a jurisprudência admite o depoimento policial como prova.

O Col. Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento nesse sentido ao decidir que "*(...) o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos*" (HC nº. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello) (*verbis*).

Ressalta-se que, *id quod plerumque accidit* (art. 335 do Cód. de Processo Civil), não se exige do policial a lembrança pormenorizada de todos os detalhes da ocorrência policial, em virtude do grande número de chamados diários, especialmente na Comarca da Capital.

A propósito, este E. Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que "*(...) Não se espera dos relatos feitos pelas testemunhas perfeita harmonia, justificada pelo grande aumento do número de ocorrências como a dos autos (aliás, seria mesmo estranho se os testemunhos fossem idênticos, sem qualquer dissonância). Natural, então, existirem algumas diferenças, o que não tem o condão, no entanto, de fragilizar o valor probatório dos depoimentos. Principalmente quando a divergência diz respeito, tão somente, a quantidade*

Acesso ao Sumário

de pessoas que estariam com o réu, ou correram com ele, e o tipo de droga apreendida (...)" (Apelação n. 0094913-04.2012.8.26.0050 – Rel. Des. Francisco Bruno – 10ª Câm. de Direito Criminal – J. 07.11.2013).

No mesmo sentido: Apelação n. 0005334-56.2010.8.26.0457 – Rel. Des. Alexandre Almeida – 4ª Câm. Extraordinária Criminal – J. 05.12.2013; Apelação n. 0028812-87.2009.8.26.0050 – Rel. Des. Mauricio Valala – Câm. Extraordinária Criminal – J. 28.11.2013; Apelação n. 0000270-95.2010.8.26.0447 – Rel. Des. Edison Brandão – 4ª Câm. de Direito Criminal – J. 12.11.2013; Apelação n. 0094913-04.2012.8.26.0050 – Rel. Des. Francisco Bruno – 10ª Câm. de Direito Criminal – J. 07.11.2013; Apelação n. 0009973-69.2012.8.26.0224 – Rel. Des. França Carvalho – 13ª Câm. de Direito Criminal – J. 07.11.2013.

Demais disso, a prova técnica, consistente no levantamento de dados dos telefones celulares portados e utilizados pelos acusados, bem como das comunicações efetivamente havidas entre eles, cuida de referendar, de forma cabal, os relatos feitos pelos policiais.

Como principais, sem prejuízo de vários outros contatos igualmente expressivos e identificadores de efetivo vínculo entre os réus condenados na origem, tem-se que:

a) FABIO (celular **[67] 9267-2495**, por vezes também utilizado pela esposa deste réu, **LIZ FABIANA**) e GILMAR (celular **[16] 9361-0775**) negociavam a vinda da droga para Ribeirão Preto disfarçadamente, com receio de estarem sendo interceptados, na medida em que diziam: "se tiver tudo tranquilo dá para subir, né?; não pode usar os nomes, viu?; pelo menos uns 200, 300kg de ração" (cf. fls. 266/268);

b) Em meio àquela negociação, os interlocutores ainda mencionam a participação de "Cunhado", alcunha do corréu CLÁUDIO;

c) O celular apreendido em poder do corréu CLÁUDIO registrava na agenda o celular do corréu FABIO, ainda mantinha registros de mensagens de texto relativas ao fato sob análise, garantindo segurança ao corréu CLÁUDIO, e mantinha uma tentativa de ligação para celular nº 9361-0776, certamente se tratando de erro de digitação para o celular do corréu GILMAR, 9361-0775;

d) O celular (16) 9327-2458, apreendido no interior do veículo Fiat-Uno mantinha em sua agenda de contatos o celular (16) 9361-0775, com referência ao contato "G" (GILMAR, acrescente-se), bem como o celular (18) 8799-8358, atribuído ao contato "Fernando Roda", precisamente o acusado FERNANDO, cuja alcunha é "Roda Presa";

e) O celular utilizado por FABIO e LIZ (67) 9277-3037 apreendido em poder de FABIO efetuou vários contatos com o corréu CLÁUDIO e, em especial, recebeu ligação, no dia dos fatos, 21 de outubro de 2011,

Acesso ao Sumário

as 10h27min, do celular (16) 9361-0775, celular utilizado pelo corréu GILMAR;

f) O celular utilizado por GILMAR, (16) 9361-0775 possui inúmeros registros de ligação para os celulares (67) 9277-3037 e [67] 9267-2495, utilizados pelos corréus FABIO e LIZ.

A prova coligida dá conta suficiente da elucidação da quadrilha bem estruturada que os acusados integravam.

FABIO e LIZ cuidavam da negociação e logística do transporte da droga. CLÁUDIO, FERNANDO, ÉDER, ROBERTO e novamente FABIO cuidavam da distribuição física do material entorpecente, enquanto GILMAR estava encarregado de redistribuir os estupefacientes na região de Ribeirão Preto e municípios vizinhos.

Essas atividades estão muito bem desvendadas pelo mesmo acervo probatório, consistente nas versões inverossímeis e inconciliáveis narradas pelos acusados em seus interrogatórios, pelos depoimentos seguros, coesos e harmônicos apresentados pelos policiais e pelos levantamentos de dados resultantes das interceptações telefônicas, contendo intensas conversas e intensos registros de contatos entre os envolvidos.

O benefício da dúvida, conceito do qual desfrutam acusados processados em nações civilizadas, jamais significou que o julgador, no exercício do seu ofício, devesse renunciar à razão.

São precisamente os crimes sem testemunhas presenciais que melhor se prestam ao exercício da inteligência. Em verdade, a percepção pelos sentidos não é melhor do que a compreensão pelo raciocínio.

Também os indícios se prestam a demonstrar a realidade e, de acordo com a doutrina dominante, sua eficácia não é menor do que a da prova direta, razão pela qual, quando os indícios são concordantes com outras provas colhidas, a condenação estaria justificada.

Não há como se descartar indiscriminadamente a prova indiciária, circunstancial, cujo valor é o mesmo da direta, posto que reconhecida pelo sistema do livre convencimento, adotado pelo Código de Processo Penal, na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *in* Elementos de Direito Processual Penal, vol. 2, 2ª edição, Rio: Forense, 1965, p. 378.

No mesmo sentido: EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *in* Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, 1969, nº 79, pág. 142 e ADALBERTO DE CAMARGO ARANHA, *in* Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, XVI, 5.1, pág. 169; e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, no seu Da Prova Indiciária, RT 610/298-303.

Aliás, a respeito do inexcedível valor probante que os indícios podem apresentar, em certos casos são oportunas algumas referências doutrinárias.

Acesso ao Sumário

Para CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, *in* "Dos Indícios no Processo Penal", na revista "Justitia", págs. 72/87 e segs., "Indício vem do latim *indicare*, que significa indicar, apontar, mostrar com o dedo ou por meio de um sinal qualquer, demonstrar, revelar (...) Os escritores mais antigos chamavam os indícios de testemunhas mudas".

Realçou MITTERMAYER, no "Tratado da Prova em Matéria Criminal", Ed. J. Ribeiro dos Santos, 2ª ed., 1909, p. 361, que "*O indício é um fato em relação tão precisa com outro fato que, de um, o juiz chega ao outro por uma conclusão natural. É preciso, então, que haja na causa dois fatos, um verificado, e outro não provado, mas que se trata de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido*".

Consoante se aquilata do teor do art. 239 do CPP, considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias, extraídas da experiência técnica ou comum.

Destarte, pelos indícios, por presunção *hominis*, vai-se do fato indiciário – através de operação lógica – ao fato a ser provado, segundo os princípios da razão (*id quod plerumque accidit*), segundo remarcam ainda ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *in* "As Nulidades no Processo Penal", Malheiros Editores, 1992, pág. 133.

Em outras palavras, é possível afirmar que, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógico-construtivo, estabelecendo-se o devido nexo de causalidade.

Os indícios, desta sorte, constituem modalidade indireta de prova e diferem da prova direta porque, nesta, o *fato probando* obtém silhueta e contornos instrutórios imediatos, apresentando-se, como perlustra MAGALHÃES NORONHA, "*diante de nós, sem necessidade do processo lógico-construtivo, porque se nos revela através do testemunho, confissão, perícia, etc* (...)". Os indícios, de sua parte, em suma, também seriam importantes para o respaldo e embasamento de uma sentença de preceito condenatório (RT 401/285, 555/114, 722/462), principalmente se afastam qualquer hipótese favorável ao acusado (RT 110/127, 214/61, 218/96, 395/309 e 401/285).

Acesso ao Sumário

Claro que as provas de crimes desta natureza não são daquelas diretas, evidentes e que de pronto se fazem reconhecer, porquanto não são, rotineiramente, cometidas às claras, em presença de testemunhas ou mediante expedição de documentos que as evidenciem.

Ao contrário, são perpetradas às escondidas, dissimuladamente, mediante cuidados especiais, tudo de forma a não ficarem sinais visíveis do acontecimento. Bem por isso, são circunstâncias, detalhes, indícios, que permitem ao julgador,

em tais hipóteses, e ao cabo de percuciente análise dos elementos de convicção trazidos à sua consideração, concluir que se está, realmente, em presença de fatos induvidosos, graves, violadores da lei e da moral. Merecedores, por isso, de justa e severa reprimenda.

Ao Juiz sempre há de ser lícito decidir, também, por força de indícios ou presunções, na medida em que sejam eles veementes, convincentes e inconciliáveis com outra solução diversa da que venha a adotar. Equivocada, por isso, é a assertiva de que a decisão que se profira a propósito de tal ou qual fato, somente pode estar fundada e com amparo na prova direta da culpa e do fato delituoso. Bem ao contrário, tal prova, justificando o acolhimento da pretensão deduzida ou da imputação feita, pode sobrevir até por via indireta, imposta pelo bom senso e pelas características particulares do evento.

Sustentar o contrário seria consagrar a impunidade de um sem número de infrações, que reclamam reprimenda e que, não obstante sua realidade indiscutível, estão evidenciadas, tão somente, por indícios ou presunções, revelados por suas próprias características incompatíveis com outra conclusão, mas que a prova direta não logrou mostrar. E essa impunidade, sobre afrontar o real anseio de Justiça, não se concilia com a norma legal em vigor.

Como observa Malatesta, "*o critério diretivo supremo para a solução do problema deve ser procurado propriamente naquela presunção genérica, que é a grande mãe das presunções específicas e particulares, e nasce do curso natural das coisas humanas. Observando que uma coisa se verifica no maior número dos casos, o espírito humano, não conhecendo se ela se verifica ou não no caso particular, sendo mais crível que em particular seja verificado aquilo que ordinariamente sucede, e não o que sucede extraordinariamente. O ordinário se presume, o extraordinário se prova; eis o princípio supremo para o ônus da prova*" (A Lógica das Provas em Matéria Criminal, vol. 1, pág. 137).

Conforme se vê, por qualquer vértice que se queira examinar, com a lógica percuciente do julgador, o conjunto probatório é harmonioso e coeso em comprovar a autoria e a materialidade dos crimes atribuídos aos acusados.

Não incide a minorante do art. 29, § 1º, do Código Penal, uma vez constatado, à saciedade, nos autos, haver nítida divisão de tarefas entre os agentes envolvidos na prática delitiva, em associação hierarquicamente estruturada.

Possuindo, cada qual, o domínio do fato a ele atribuído, e tendo plena ciência da parcela de atribuição dos demais integrantes da associação criminosa, mostrando-se cada conduta necessária para a consecução dos objetivos comuns do grupo, tem-se presente situação caracterizadora de coautoria e não de participação de somenos importância.

A prova oral colhida revela, de igual forma, estreme de dúvidas, a responsabilidade do corréu GILMAR pelo porte ilegal de arma de fogo e pelo

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

crime de resistência.

Os depoimentos dos policiais, com efeito, mostraram-se igualmente coesos, harmônicos e esclarecedores a respeito da efetiva ocorrência destes crimes, e não há, assim como também não há em relação aos delitos referentes aos entorpecentes, razão para que sejam tais palavras desconsideradas.

DA FIXAÇÃO DA PENA

Na **primeira fase**, em relação aos réus **CLAUDIO NOGUEIRA DE SOUZA, ROBERTO MERELES, EDER JOFRE CRUZ ROCHA, FABIO DANIEL TORRES, LIZ FABIANA GIMENEZ GAUTO** e **FERNANDO BRITTO MEDEIROS** a pena-base foi fixada no patamar mínimo, isto é, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, em relação ao crime de tráfico, e de 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na **segunda fase**, não se observam circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na **terceira fase**, incidente a causa de aumento de pena insculpida no art. 40, V (tráfico interestadual), as penas são acrescidas de 1/6, do que resultam em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, para o tráfico, e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de associação ao tráfico.

Em ralação ao réu **GILMAR**:

Na **primeira fase**, portador de inúmeros antecedentes criminais, considerada a gravidade do fato e de seu envolvimento com atividades violentas, a pena-base é exasperada em 1/6 em relação a todos os crimes que lhe são imputados, de que resulta 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, para o tráfico, 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de associação ao tráfico, 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 11 dias-multa, no mínimo legal, para o crime de porte ilegal de arma de fogo, 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção para o crime de resistência.

Acesso ao Sumário

Na **segunda fase**, por força da reincidência, por fato diverso daqueles levados em consideração para a configuração de maus antecedentes e exasperação da pena-base (certidão de fls. 11 do apenso próprio de antecedentes), as penas são acrescidas de 1/6, de que resulta 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, em relação ao tráfico, 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, mais 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa, em relação ao crime de associação ao tráfico, 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 12 (doze) dias-

multa para o crime de porte ilegal de arma de fogo e 02 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de detenção para o crime de resistência.

Na **terceira fase**, incidente a causa de aumento de pena inserida no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, as penas aos crimes definidos nesta lei são acrescidas de 1/6, de que resulta a pena de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, mais 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, para o crime de tráfico, e 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, mais 1110 (mil, cento e dez) dias-multa, em relação ao crime de associação ao tráfico. Este acréscimo não incide sobre as penas cominadas aos crimes de porte ilegal de arma de fogo e resistência.

DO REGIME PRISIONAL INICIAL

No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rel. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei. Nesse sentido: STJ – HC 272.152/SP – rel. Min. Marilza Maynard – 6ª Turma – J. 10.12.2013.

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela natureza e expressivo número de estupefacientes apreendidos, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278.676/MS – 6ª T. – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.10.2013; HC 222.994/SP – 6ª T. – rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE – j. 24.10.2013; HC 278.530/SP – 5ª T. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 22.10.2013.

Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, § 3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

O art. 33, § 3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

A respeito, expressamente compartilhamos posicionamento do E. Des. Alceu Penteado Navarro, pronunciado no seio da Apel. n. 0043627-21.2011.8.26.0050, da 9ª Câm. de Direito Criminal, J. em 10.5.2012, deste E. Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo, *verbis*:

"*(...) Note-se que uma das principais circunstâncias indicadoras de tráfico é a quantidade de tóxico. E, para mim, tal mensuração deve partir da*

Acesso ao Sumário

overdose (dose insuportável ou excessiva para alguém).

Segundo a literatura médica, a reação letal ou não letal da cocaína em usuários depende de variados aspectos. Doses consideradas pequenas, cerca de 0,02g, podem ser suficientes para esse efeito (cf. Delton Croce e Delton Croce Júnior, Manual de Medicina Legal, 5ª ed., Saraiva, 2004, pág. 636). Logo, aprendidas 283,9g, teremos cerca de 14.195 doses letais (excessivas ou insuportáveis) ao usuário. Até porque o uso continuado de cocaína provoca o 'enfraquecimento das funções psíquicas em geral, cansaço, irritabilidade, inquietação e insatisfação' (cf. Edevaldo Alves da Silva, Tóxicos, 1ª ed., Bushatsky, 1979, pág. 82).

Ademais, conforme decisão publicada na RT 546/327 para fazer um fininho ou bagana de maconha são necessários 0,33g da referida droga.

(...)

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (praesumptiones hominis), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do quotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item 12.2, pág. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209) (...)".

Ainda nessa toada, no sentido de desestimular o consumo de substâncias entorpecentes, em recente matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo, caderno Opinião, do dia 7.5.2013, os psiquiatras Carlos Salgado e Antonio Geraldo da Silva publicaram estudo sobre os malefícios causados pelo uso, por exemplo, de maconha, *verbis*:

"*(...) Como médicos psiquiatras, nós nos sentimos na obrigação de esclarecer alguns pontos sobre a maconha. Como qualquer droga ilícita, ela ocupa grande espaço no imaginário da sociedade. No entanto, infelizmente, vem ganhando uma imagem de benignidade sem uma fundamentação científica confiável.*

A glamorização da maconha como planta de valor terapêutico e de uso a princípio meramente 'recreativo' tem servido de argumento para a condescendência com seu consumo. A verdade é que classificar maconha como droga leve e quem sabe até terapêutica é ingênuo, se não malicioso.

O peso clínico de uma droga depende, é claro, do usuário. Sua bagagem genética e social pode contribuir para que a droga tenha grande impacto. Há quem fume e não sofra nenhum dano. Mas há muita gente que vive justamente o contrário. As clínicas de reabilitação estão lotadas para comprovar a veracidade do fato.

A maconha pode piorar os quadros psiquiátricos mais comuns, como esquizofrenia, depressão, ansiedade e bipolaridade, e desencadear as primeiras crises graves dessas doenças, mudando a história natural de doentes que poderiam viver incólumes a riscos transmitidos geneticamente.

(...)

É aí que o Estado precisa exercer seu papel de zelar pelo bem-estar dos cidadãos. Se ele mal dá conta de monitorar o consumo de álcool por jovens, droga equivocadamente admitida como lícita, o que dirá de uma eventual descriminalização da maconha? (...)".

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Daí, porque, mantenho a opção pelo regime fechado.

Por fim, não se há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Col. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no ponto em que vedava, ao réu condenado por tráfico de entorpecentes, a conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos (HC n. 97.256, j. em 1.9.2010, rel. o Min. Ayres Britto).

Na hipótese, todavia, não restou cumprido um dos pressupostos de natureza subjetiva, pois as circunstâncias do caso concreto, especialmente a natureza e quantidade dos tóxicos apreendidos, indicam que tal medida seria insuficiente (art. 44, inc. III do Cód. Penal).

A propósito, segundo orientação firmada no Col. Pretório Excelso, cabe ao Magistrado, à luz das circunstâncias concretas, avaliar se a conversão é suficiente para a reprovação e prevenção do delito, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias gerais da prática do crime (HC 118.389/SP – 2ª T. – rel. Min. Teori Zavascki – j. 5.11.2013).

Ante o exposto, rejeito a preliminar, **nego provimento** aos recursos, e de ofício corrijo as penas aplicadas ao corréu Gilmar pela infração ao crime de resistência, adequando-a aos arts. 329 e 33, *caput*, ambos do Código Penal, para estabelecer a pena de detenção a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mantida, no mais, a r. sentença.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2065837-80.2014.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é paciente MARCELO LUIZ DO NASCIMENTO, impetrantes ENÉIAS PIEDADE e EDGARD ANTONIO DOS SANTOS, é impetrado SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Edgard Antonio dos Santos e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. José Fernando Paes de Barros Júnior.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1428)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 16 de junho de 2014.

LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Habeas corpus". Alegação de que o paciente sofre constrangimento ilegal por ser advogado e se encontrar preso, sem o trânsito em julgado da condenação, em presídio comum, com inobservância da prerrogativa constante do artigo 7º, V, da Lei nº 8.906/94. Decisão do Superior Tribunal de Justiça determinando a baixa dos autos, diante da interposição de recursos manifestamente incabíveis por parte do paciente. Quadro de abuso do direito de recorrer configurado. Abuso do direito que se qualifica, no sistema jurídico brasileiro, como ato ilícito (artigo 187, do Código Civil). O abuso do direito de recurso não impede a execução definitiva da pena legitimamente aplicada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, na hipótese, não se pode mais cogitar, à luz de um quadro de razoabilidade, de prisão provisória, sendo, pois, inaplicável o artigo 7º, V, da Lei nº 8.904/94, dispositivo que somente incide no caso de prisão cautelar e não aquela que constitui execução

da pena. Inexistência, ademais, de direitos absolutos. Ponderação dos interesses em jogo a indicar, na hipótese, a necessidade de se efetivar a sanção penal. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de "habeas corpus", com pedido de liminar, impetrado pela Enéias Piedade e Edgard Antônio Santos, em favor do paciente Marcelo Luiz do Nascimento. Alegam, em suma, que o paciente, em atenção a mandado de prisão expedido pela d. autoridade coatora, encontra-se preso em estabelecimento prisional comum, sem que haja condenação com trânsito em julgado. Obtemperam que, mercê de sua condição de advogado, o paciente faz jus a ser recolhido em sala do Estado Maior, ou, na sua falta, em prisão domiciliar (artigo 7º, V, da Lei nº 8.906/94). Bem por isso, entendem que o paciente padece de constrangimento ilegal, pelo que buscam a concessão da ordem, a fim de que ele seja colocado em sala do Estado Maior ou em prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida (fls. 39/40).

A d. autoridade coatora prestou informações (fls. 50/52).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem.

É o relatório.

2. Inconsistente a impetração.

O exame dos autos revela que o paciente foi condenado, pelo Tribunal do Júri, à pena de 15 anos de prisão, pela prática do crime de homicídio duplamente qualificado (artigo 121, par. 2º, II e IV, do Código Penal). Condenação que, em grau de apelação, foi reduzida para 12 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Interpostos recursos especial e extraordinário, que receberam juízo de admissibilidade negativo nesta Corte. A defesa, irresignada, interpôs vários recursos, sem a obtenção de sucesso.

No dia 26 de fevereiro de 2014, foi editada decisão pelo Ministro Gilson Dipp (RE no ARE no RE nos EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 165.264), negando seguimento ao recurso, "por ser manifestamente incabível", determinado "a baixa imediata dos presentes autos, independentemente do trânsito em julgado, de acordo com a orientação já firmada pelo Supremo Tribunal Federal, ficando a parte recorrente advertida de que a reiteração de petitórios dessa mesma natureza serão tidos por protelatórios, sujeitos às cominações legais" (fls. 104/108).

Na sequência, o d. magistrado de primeiro grau determinou a expedição

Acesso ao Sumário

de mandado de prisão.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça revelou que, depois da referida decisão, foram proferidas, pelo Exmo. Ministro Gilson Dipp, diante da provocação do paciente, mais duas decisões (a primeira, datada de 07.04.2014, de rejeição a embargos de declaração; a segunda, datada de 12.05.2014, em sede de agravo regimental), sem alteração significativa do quadro.

Esse o quadro fático, não se divisa antijuridicidade na prisão do paciente, tal como determinado pela d. autoridade coatora.

Certo que a Lei nº 8.906/94 garante ao advogado sua prisão – desde que antes do trânsito em julgado – em sala do Estado Maior ou, na sua falta, em regime de prisão domiciliar (artigo 7º, V), conforme o tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (cfr., por exemplo, ADI 1.127). Cuida-se, pois, de garantia que somente se refere à chamada prisão provisória (de natureza cautelar, que não constitui medida de execução penal, conforme a mais recente jurisprudência dos Tribunais Superiores).

Sucede que, diante das circunstâncias específicas do caso, não se pode mais falar, dentro de um quadro de razoabilidade, que a prisão do paciente seja provisória. Na realidade, a r. decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, à luz dos princípios que informam o sistema jurídico pátrio, ao determinar a baixa dos autos, por abuso do direito de recurso, deve ser interpretada como uma autorização para o início da execução em caráter definitivo.

E, de fato, a hipótese configura um claro quadro de abuso do direito, figura expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro e qualificada como ato ilícito (artigo 187 do Código Civil). Deveras, quem, no curso da relação processual, maneja recursos claramente improcedentes, com o desiderato único de empecer a formação da coisa julgada e, por consequência, a efetivação da vontade concreta da lei, atua em manifesto desacordo com a finalidade do direito subjetivo de recorrer – instrumento concebido para corrigir erros judiciais – e contra os ditames da boa-fé objetiva.

Acesso ao Sumário

Não bastassem os dizeres da r. decisão do Superior Tribunal de Justiça, basta atentar para o excessivo número de recursos infundados interpostos – situação traduzida pela forma como o expediente é identificado naquela Corte –, visando, única e exclusivamente, obstar, de forma indevida, o trânsito em julgado da condenação. Veja-se, nesta linha, conforme se colhe da r. decisão, que o paciente chegou a se valer de dois recursos extraordinários.

Nesta senda, atento a que o abuso do direito de recorrer não impede a imposição de uma sanção penal legitimamente imposta, o **Supremo Tribunal Federal** já decidiu que:

“**O entendimento esposado pelo STJ, no sentido de determinar a imediata baixa dos autos para o início da execução, vai ao encontro de**

diversos precedentes desta Corte que, em várias oportunidades, já decidiu sobre a possibilidade de dar-se início ao cumprimento da pena quando a defesa se utiliza da interposição de recursos manifestamente incabíveis para obstar o trânsito em julgado da condenação" (HC nº 115.517, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

E, de fato, o **Excelso Pretório** tem deliberado pela possibilidade de dar-se início ao cumprimento da pena – portanto, não se cuida de prisão provisória – quando a defesa se utiliza de instrumentos processuais incabíveis, a fim de obstar o trânsito em julgado da condenação (**HC nº 88.500, rel. Min. Joaquim Barbosa; AI nº 177.313-ED-ED-AgR, rel. Min. Celso de Mello**, entre outros).

Ademais, hodiernamente, é assente na Ciência do Direito que não há direitos absolutos, nem mesmo aqueles previstos na Constituição Federal. Na realidade, a possibilidade de colisão de direitos e garantias fundamentais, numa situação que ocorre com certa frequência, implica, por si só, a ideia de limitação dos mesmos. Dizendo de outra forma, os direitos e garantias de mesma estatura normativa têm de ser conformados de molde a viabilizar a coexistência uns dos outros. Fala-se no princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas. Nessa linha, firme a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** ao acentuar o caráter não absoluto dos direitos e garantias constitucionais (**MS nº 23.452-1, rel. Min. Celso de Mello; Ag. Reg no RE nº 455.283-3, rel. Min. Eros Grau, HC nº 93.250-9, relatora Min. Ellen Gracie**).

No caso em tela, o direito estampado no artigo 7º, V, da Lei nº 8.906/94 não pode sobrepor-se, tendo em mira a moldura fática acima delineada, ao princípio – fundamental num Estado Democrático de Direito – de que as sanções penais impostas legitimamente pelo Poder Judiciário devem ser cumpridas, até para que se dê efetividade, na espécie, ao direito à vida (artigo 5º, "caput", da CF). Uma ponderação dos interesses em jogo, à luz do princípio da proporcionalidade, indica, na atual situação, para a necessidade de se cumprir a pena imposta. Importa considerar que – segundo verte das informações – os fatos se deram em 17.02.2000, sendo que a decisão desta Corte que confirmou a condenação é de 16.05.2011. Tempo demais para a realização do Direito (que, como se sabe, em sede penal, reclama, necessariamente, a intervenção do Estado, para imposição da sanção penal).

Em suma, inexiste direito do paciente a permanecer preso em sala do Estado Maior ou, na sua falta, em prisão domiciliar, de tal arte que não se entrevê constrangimento ilegal.

3. Ante o exposto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0022580-39.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante/paciente VALDIR ANTONIO BERTELI.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.499)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 16 de junho de 2014.

J. MARTINS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – PACIENTE PROGREDIDO AO REGIME SEMIABERTO QUE PERMANECE RECOLHIDO NA MODALIDADE FECHADA – MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA COMO AUTORIDADE COATORA – Descabimento. RESPONSABILIDADE DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA – CONHECIMENTO DO *WRIT* – Impossibilidade: A gerência de vagas em estabelecimentos penais cabe à Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), não existindo, assim, qualquer ilegalidade praticada pelo Magistrado monocrático que possa ser amparada por *habeas corpus*. Ordem não conhecida.

VOTO

O reeducando VALDIR ANTONIO BERTELI (ou Bertelli) impetra a presente ordem de ***habeas corpus*** em seu próprio favor, com pedido liminar, alegando constrangimento ilegal em razão de sua manutenção em estabelecimento prisional fechado, malgrado sua progressão ao regime intermediário, apontando o MM. Juízo de Direito da Primeira Vara das Execuções Criminais da Comarca da Comarca de Ribeirão Preto como autoridade coatora.

Requer o impetrante, em síntese, seja declarada a extinção da punibilidade, haja vista estar em regime fechado ainda que tenha direito ao semiaberto (fls. 02/05).

Indeferida a liminar (fls. 08), vieram aos autos as informações prestadas

Acesso ao Sumário

pela autoridade apontada como coatora (fls. 12/54), sendo o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da ordem (fls. 56/59).

É O RELATÓRIO.

A presente ordem não pode ser conhecida.

O Juízo ***a quo*** informou que, processado o pedido de progressão para o regime semiaberto, o benefício foi deferido, inclusive com a determinação na decisão de que "o regime ora imposto deverá ser cumprido em estabelecimento adequado" (fls. 12).

Percebe-se, assim, inexistir qualquer ato atacável por meio do presente ***habeas corpus***, já que a autoridade judiciária, ao contrário do alegado, não praticou qualquer ato ilegal ou que constitua óbice ao seu direito de locomoção.

A gerência das vagas é de responsabilidade da Secretaria da Administração Penitenciária – SAP, deste modo, a remoção do paciente não depende de qualquer outro ato do Magistrado ***a quo*** que, por isso, não se encontra na condição de autoridade coatora e, assim, não praticou nenhuma ilegalidade ou ato atentatório à liberdade de locomoção do paciente sanável nos estreitos limites da via eleita.

Se existir algum responsável, órgão ou ente a criar obstáculo para a remoção do paciente para o local adequado e a que tem direito, este só pode ser o Estado, através da SAP, que monitora as vagas para tal finalidade e nunca o juízo das execuções criminais.

Diante do exposto, **NÃO SE CONHECE** da ordem de ***habeas corpus***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0038142-88.2014.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é paciente J.G.S., Impetrantes L.F.S.U.C. e F.A.B.S..

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM LIMINARMENTE A ORDEM impetrada em prol de J.G.S.. V.U. Sustentou oralmente a advogada Dra. P.S.B. e usou da palavra a Exma. Sra. Procuradora de Justiça Dra. Maria Amélia Nardy Pereira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20643)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente) e ERICSON MARANHO.

São Paulo, 26 de junho de 2014.

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – TRANCAMENTO DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE E INÉPCIA DA DENÚNCIA GENÉRICA – ANÁLISE DE MATÉRIA PROBATÓRIA E DE MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – ORDEM INDEFERIDA LIMINARMENTE.

VOTO

L.F.S.U.C. e **F.A.B.S.**, Advogados, impetram ordem de "***habeas corpus***", com pedido liminar, em prol de ***J.G.S.*** contra ato do MM. Juiz de Direito Rodrigo Pares Andreucci, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba – SP.

Pleiteiam os impetrantes, em síntese, o trancamento da ação penal, em razão da falta de justa causa para a ação penal por ausência de materialidade, bem como por inépcia da denúncia que se mostrou genérica, sem a especificação dos produtos apreendidos. Subsidiariamente, buscam a remessa dos autos ao juízo ***a quo*** para oferta de suspensão condicional do processo.

É o relatório.

Inicialmente, anoto que a petição está formalmente em ordem e suficientemente instruída com os elementos necessários à análise do caso. Assim, não é imprescindível a solicitação de informações da autoridade coatora, de caráter facultativo, de acordo com os artigos 662 e 664, do Código de Processo Penal, o que atende ao princípio da economia processual.

Nesse sentido:

> **(...) à luz do art. 662 do CPP, as informações da autoridade coatora, enquanto peça não essencial, podem ser dispensadas quando suficientemente instruído o pedido de *habeas corpus*. (STJ – Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 19.882-SP, 6ª Turma – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 02.02.2007).**

Além disso, nos termos do artigo 663, da Lei Penal Adjetiva, verifica-se que a hipótese é de indeferimento ***in limine*** da ordem, dispensando-se também a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça.

"*A autoridade judiciária pode entender que a inicial deve ser indeferida liminarmente por inépcia, mera reiteração ou ausência de pressuposto processual, quando não requisitará informações de autoridade coatora nem determinará que seja preenchido algum requisito*".[1]

Os pressupostos processuais estão relacionados à possibilidade jurídica e cabimento do pedido, interesse de agir, legitimidade de parte e adequação da

Acesso ao Sumário

1 SILVA, Marco Antonio Marques da, e FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 955.

via eleita.

Admite-se, da mesma forma, o indeferimento liminar do ***habeas corpus*** "*quando manifestamente improcedentes as alegações do impetrante*"[2]. Esse é o caso.

O paciente está sendo processado pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 7º, inciso IX e parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 c.c. artigo 18, § 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/90, porque, segundo a denúncia, entre os dias ... e ..., em horário determinado, no interior do supermercado ..., localizado na Avenida ..., cidade de ..., agindo com culpa, na modalidade negligência, expôs à venda mercadoria imprópria ao consumo, eis que estava com o prazo de validade vencido.

Segundo apurado, funcionários da Vigilância Sanitária Municipal, após receberem informações que no supermercado ... estavam sendo vendidos produtos com o prazo de validade vencida e, portanto, impróprios para consumo, para lá se dirigiram, onde encontraram os produtos descritos no Auto de Infração.

O magistrado ***a quo*** entendeu que não estavam presentes nenhuma das hipóteses do artigo 397, do Código de Processo Penal e recebeu a denúncia, nos termos da decisão datada de ... (fls. 67).

Pleiteiam os impetrantes, via o presente remédio heroico, o trancamento da ação penal alegando por inépcia da denúncia em razão da ausência de especificação dos produtos e pela falta do laudo, comprobatório da materialidade delitiva.

Mas razão não lhes assiste.

Diante de elementos suficientes configuradores de um crime é dever funcional do órgão do Ministério Público apresentar denúncia, para que no momento oportuno, isto é, a ação penal, sob o crivo do contraditório, sejam minuciosamente apurados os fatos e seus autores.

Como estabelece o artigo 395, do Código de Processo Penal, a denúncia só poderá ser rejeitada quando "*for manifestamente inepta; faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou faltar justa causa*".

> **O juiz não pode trancar a ação penal por meio de *habeas corpus* a pretexto de não estar provado no inquérito policial aquilo que a acusação se propõe a demonstrar na instrução, se na denúncia descreve fato que constitui crime (RTJ 75/454).**

No presente caso a denúncia descreve o fato típico, suas circunstâncias e o suposto autor, preenchendo, assim, os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, suficientes neste primeiro momento.

Além disso, o reclamo envolve questões de alta indagação, que ensejam

2 JESUS, Damásio Evangelista. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 541.

Acesso ao Sumário

análise de matéria probatória e de mérito, o que se torna impossível nos estritos limites da via eleita.

AÇÃO PENAL – Trancamento pretendido em "Habeas corpus" – Alegação de falta de justa causa e inépcia da inicial – Matéria dependente de exame de provas – Impossibilidade de apreciação pela via eleita – Denúncia, ademais, que descreve o crime em tese – Ordem denegada (STJ) RT 685/366.

HABEAS CORPUS **– Trancamento da ação penal – Alegação de falta de justa causa – Necessidade da desconformidade entre a acusação e os elementos probatórios os quais lhe dão base – Impossibilidade de exame minucioso e aprofundado de provas na via estreita do referido writ – Denúncia instruída com os elementos indispensáveis que permitem a apuração do crime em tese e que garantem o contraditório e a ampla defesa – Inteligência do art. 41 do CPP (TRF – 2ª Reg.) – RT 808/713.**

Portanto, presentes os requisitos legais mínimos para a propositura e recebimento da ação penal, a valoração da conduta do réu após toda a dilação probatória, deve ser feita após o final da instrução processual, na sentença de mérito.

Ao contrário do alegado, verifica-se, ao menos por ora, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria a justificar a ação penal em curso.

Quanto ao pedido de remessa dos autos para oferecimento da suspensão condicional do processo, observo que incabível porque o delito é apenado com pena mínima superior a um ano, não preenchendo, portanto o requisito previsto no artigo 89, da Lei 9.099/95.

Em conclusão, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou constrangimento no ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba – SP.

Pelo exposto, **INDEFIRO LIMINARMENTE A ORDEM** impetrada em prol de ***J.G.S***.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2108555-92.2014.8.26.0000, da Comarca de Cachoeira Paulista, em que são pacientes AURÉLIO JOSÉ HUMEL AZEVEDO e JOSÉ CARLOS GOMES e Impetrante MARCELO AUGUSTO SILVA GALVÃO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do presente 'mandamus', declinando-se da competência em favor do Colégio Recursal, para onde deverá ser encaminhado o presente feito. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 23 de julho de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS* – ARTIGO 139, DO CÓDIGO PENAL – CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – COMPETÊNCIA DO COLÉGIO RECURSAL.

ORDEM NÃO CONHECIDA, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

O advogado Marcelo Augusto Silva Galvão impetra o presente *habeas corpus, com pedido de liminar*, alegando que AURÉLIO JOSÉ HUMEL AZEVEDO e JOSÉ CARLOS GOMES sofrem constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de CACHOEIRA PAULISTA, nos autos da Ação Penal nº 3000841-75.2013.8.26.0102, em que estão sendo acusados da prática do crime previsto no artigo 139, do Código Penal.

Aduz o impetrante, em síntese, que foi designada audiência de instrução para o dia 28 de julho de 2014, data em que o ora imperante já havia sido intimado para comparecer perante o Setor de Cartas Precatórias da Capital, para atuar em procedimento que trata de um procedimento cirúrgico complexo.

Sustenta que requereu o adiamento da referida audiência, contudo, sua pretensão foi indeferida, circunstância que prejudica o direito de defesa dos pacientes, que não poderão ser representados por defensor de sua confiança.

Sustenta, ainda, que deve ser aplicado por analogia "in bonan partem" o artigo 453, inciso II, do Código de Processo Civil.

Postula a concessão da ordem, para que seja determinado o adiamento da referida audiência.

É o relatório.

Examinando-se os autos, verifica-se que o "mandamus" se volta contra decisão que indeferiu pedido de adiamento de audiência de instrução designada para o dia 28 de julho de 2014, ante a impossibilidade de comparecimento do

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

ora impetrante.

Pois bem.

O presente pedido deve ser apreciado pelas Turmas Recursais, que são os órgãos de segunda instância, cuja competência é vinculada aos Juizados Especiais, Cíveis e Criminais.

As leis de organização judiciária autorizam expressamente que as Turmas Recursais julguem os mandados de segurança e "habeas corpus", conforme artigo 14, da Lei Complementar 851/98 do Estado de São Paulo e, após, com a edição do Provimento nº 1670/2009 do Conselho Superior da Magistratura, em seu item 70.

"Compete ao Colégio Recursal, quando for admitido, julgar em último ou único grau de jurisdição:

'f': mandado de segurança e habeas corpus, as hipóteses do item 68, alínea 'e', observadas as normas da legislação especial e, no que couber, o disposto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça."

Assim sendo, em razão da matéria, tornou-se este Tribunal absolutamente incompetente para o julgamento dos recursos relativos às chamadas "infrações penais de menor potencial ofensivo", tais como definidas inicialmente pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, com sua posterior alteração dada pela Lei nº 11.313/2006, em seu artigo 1º.

Ante o exposto, não se conhece do presente "mandamus", declinando-se da competência em favor do Colégio Recursal, para onde deverá ser encaminhado o presente feito.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2038828-46.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECÇÃO SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 2ª VARA DO JÚRI DO FORO REGIONAL I – SANTANA – COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Euro Bento Maciel Filho, e usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Jardim.", de conformidade com o

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 22.470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Julgamento de acusados por suposta invasão e homicídios na antiga Casa de Detenção do Carandiru – Abandono do plenário levado a efeito pela defesa – Multa imposta pelo magistrado que merece mantida – Conduta reprovável a frustrar a conclusão de complexo julgamento – Abandono indireto da causa, a justificar imposição da penalidade – Exegese do art. 265 do CPP – Precedentes do STJ e desta Corte – Razoabilidade do montante fixado, considerada a complexidade do caso e os recursos públicos dispendidos – Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela OAB, em favor de causídico atuante no processo em que acusados os réus por suposta invasão e homicídios na antiga Casa de Detenção do Carandiru.

Aduz a impetrante que, ao azo do julgamento, com início no dia 17 de fevereiro p.p., discordando da forma como conduzido o interrogatório do réu Arivaldo Sérgio Salgado, teria o advogado constituído, Dr. Celso Machado Vendramini, abandonado o Plenário, ocasionando a dissolução do Conselho de Sentença.

Por essa razão, entendendo tratar-se de caso de abandono indireto da causa, a autoridade impetrada lhe impôs multa no valor de setenta (70) salários mínimos, equivalente a R$ 50.680,00 (cinquenta mil, seiscentos e oitenta reais), a ser recolhida no prazo máximo de cinco dias, sob pena de inscrição na dívida ativa do Estado, corrigida e atualizada pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, desde o ocorrido. Com isso não se conforma a impetrante, ao argumento de que não configurado o abandono de causa a justificar a imposição da penalidade.

Indeferida a prestação prévia (fls. 155/6), advieram os informes de fls. 160/71.

A douta Procuradoria Geral de Justiça é pela concessão da ordem (fls.

Acesso ao Sumário

173/84).

Esse o relatório.

Colhem-se dos informes prestados pelo r. juízo que "*(...) Durante a instrução processual, quando da oitiva das testemunhas, o Dr. Celso Vendramini as confrontou com o que foi por elas declarado em outros depoimentos, sem que este Magistrado impedisse este procedimento. No entanto, quando do interrogatório do corréu Coronel Arivaldo Sérgio Salgado, o Ministério Público, assim como procedido pela defesa, confrontou o acusado com o que por ele foi dito em outras oportunidades. Neste momento, o Dr. Celso Vendramini, se levantou e mais uma vez ameaçou abandonar o plenário se o interrogatório continuasse daquela forma. Saliento que desde o início o Defensor prometeu a este Magistrado que se os trabalhos não transcorressem como pretendia, abandonaria o Plenário. Um dos deveres do Magistrado que preside o processo é manter a igualdade entre acusação e defesa. Ao permitir que a defesa confrontasse as testemunhas com outros depoimentos, não poderia tratar desigualmente a acusação. Assim, ao indeferir o pedido do Dr. Celso Vendramini, este, irritado, arremessou a toga na mesa e abandonou a sessão plenária, ocasionando a dissolução do Concelho de Sentença, cumprindo, desta maneira, as sucessivas ameaças nesse sentido (...) Destaco que o Ilustre Defensor Celso Machado Vendramini é conhecido por fazer uso do expediente de abandonar o Plenário do Júri quando contrariado. Exemplo recente se deu no julgamento do processo 0830200-78.2012.8.26.0052, em que o Defensor abandonou o Plenário por duas vezes, consoante Ata de Julgamento em anexo.*" (fl. 161).

Vê-se, pois, que reprovável a conduta do ilustre advogado, o qual, de fato, não tem direito líquido e certo de obstar marcha processual, quando em desacordo com seus interesses.

Há, para tanto, meios cabíveis e vias processuais adequadas a resguardarem, de forma legítima, o exercício da ampla defesa.

Sabe-se que a logística necessária à instalação de julgamento com repercussão e complexidade como o enfocado, envolve tempo e força de trabalho, tanto dos servidores, quanto dos jurados, deixando os últimos suas rotinas diárias para servir o Tribunal Popular.

Não pode a máquina judiciária, desse modo, ficar à mercê de condutas dessa natureza, mormente quando envolvidos recursos públicos.

Logo, bem agiu o magistrado ao impor a penalidade ao advogado, que assim procedeu nos exatos termos do art. 265 do CPP.

Não se desconhece que, posteriormente, foi o julgamento levado a efeito, com o causídico à frente da defesa de seus constituintes e que continua ele no patrocínio da causa.

Contudo, o abandono da causa pode-se caracterizar também por meio indireto, quando o advogado deixa de cumprir atos indispensáveis à sua alçada,

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

exatamente como ocorreu no caso.

Despiciendo, pois, "animus" permanente de deixar ao abandono jurídico os interesses patrocinados.

No respeitante, confira-se explanação de Guilherme de Souza Nucci:

"*(...) o causídico pode abandonar a causa por meio indireto, vale dizer, sem expressa menção a respeito, mas deixando de cumprir atos indispensáveis da sua alçada. Em procedimento compatível, imagine-se seja o defensor intimado a apresentar as alegações finais. Deixa escoar o prazo e não as oferece. Novamente intimado, inclusive pessoalmente, não se manifesta. Eis o abandono indireto da causa. Pode o magistrado nomear substituto e aplicar a multa prevista no art. 265, caput (...).*" (Código de Processo Penal Comentado, 12ª ed., Revista dos Tribunais, pág. 604).

É também nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o seguinte aresto, ainda que por assimilação:

"*(...) A jurisprudência recente deste Superior Tribunal de Justiça entende que o abandono da causa previsto no art. 265 do Código de Processo Penal, sem qualquer justificativa, dá ensejo à aplicação da multa ali consignada. Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECORRENTE ADVOGADO, ATUANTE, NO CASO, COMO DEFENSOR DATIVO. PENA DE MULTA POR ABANDONO DE CAUSA PREVISTA NA CABEÇA DO ART. 265, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO MOTIVADA. ARGUIDA INCONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO REJEITADA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE MERA FALTA DISCIPLINAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Prevê o art. 265, caput, do Código de Processo Penal, que '[o] defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis'. 2. No caso, o Recorrente, embora pessoalmente intimado nas ocasiões, não praticou nenhum ato posterior à defesa preliminar, deixando de atender a dois chamados judiciais para a realização de audiência de instrução e julgamento sem que qualquer justificativa para as ausências fosse apresentada ao Juízo. 3. Não há se falar em desproporcionalidade da multa imposta, considerando sobretudo que não ultrapassou o mínimo legalmente previsto de 10 salários mínimos. A tese de que o Recorrente não possui condições financeiras de pagar a multa é de todo estranha ao rito do mandamus, já que demanda dilação probatória. 4. Até o momento, não há orientação expressa da Suprema Corte sobre a constitucionalidade do art. 265 do Código de Processo Penal, razão pela qual o dispositivo se encontra em plena eficácia (...) No caso inexiste prejuízo processual*

Acesso ao Sumário

a ensejar a anulação da multa, nomeadamente porque a ampla defesa e o contraditório restaram oportunizados mediante impugnação por mandado de segurança, tendo o Tribunal de origem inclusive deferido o pleito liminar para suspender o pagamento da penalidade. Não bastasse, o Recorrente teve oportunidade de se manifestar em ocasião pretérita à aplicação da reprimenda e permaneceu inerte, pois foi regularmente intimado de sua primeira falta e, mesmo ciente da literalidade do art. 265 do Código de Processo Penal, deixou de comparecer também à segunda audiência, sem deduzir qualquer justificativa para suas ausências (...)." (AREsp nº 496699, Decisão Monocrática, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 29.05.2014).

E, inclusive, desta Corte:

"*Advogado. Abandono da causa. Configuração. Incidência do artigo 265, do Código de Processo Penal. Ausência de ato ilegal ou abusivo. Ordem denegada (...) Expedida carta precatória em cumprimento ao despacho suso referido (fls. 62), efetivou-se a intimação pessoal da defensora, aqui impetrante, o que ocorreu no dia 30 de agosto de 2010 (fls. 76). A precatória, cumprida, foi juntada aos autos no dia 16 de setembro de 2010 (fls. 72). Em 28 de setembro de 2010 a serventia certificou o decurso do prazo para a apresentação do memorial (fls. 77). No dia seguinte, 29 de setembro de 2010, a autoridade impetrada proferiu a decisão ora hostilizada, considerando ter ocorrido 'abandono' da causa pela impetrante. É verdade que esta apresentou o memorial. Todavia, o fez somente no dia 28 de setembro de 2010, através de protocolo na cidade de Bebedouro (fls. 83), ou seja, quando já havia expirado, de há muito, o prazo fixado pelo despacho cuja cópia se encontra a fls. 61, quer se considere a data da intimação (30.08.10, fls. 76), nos termos da Súmula 710, do STF, quer se considere a data da juntada da precatória (16.09.2010, fls. 72). Portanto, não há dúvida que ocorreu o chamado 'abandono indireto' da causa pela ora impetrante, ausente justificativa (motivo imperioso) para aquele proceder (...) Configurado o abandono da causa, tem incidência o artigo 265, do Código de Processo Penal, anotado que o r. juízo 'a quo' aplicou a pena de multa no piso mínimo. Não se desconhece a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à constitucionalidade do referido dispositivo legal. Todavia, enquanto não retirada sua eficácia por meio do controle de constitucionalidade, é norma em vigor (...).*" (Mandado de Segurança nº 0541111-58.2010.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Luís Carlos de Souza Lourenço, j. 15.09.2011).

Acesso ao Sumário

E o valor fixado em setenta salários mínimos mostra-se bem razoável, mormente se considerados os recursos públicos despendidos na preparação de julgamentos desse jaez, que já durava dois dias e só não foi concretizado na oportunidade, em razão do abandono praticado pelo causídico.

Não há falar, pois, em ato ilegal ou abusivo, a merecer reparação.

Denega-se a segurança.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0016667-08.2011.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é recorrente JOSÉ CARLOS DE JESUS ABREU, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para desclassificar o crime imputado ao recorrente para o tipificado no art. 129 do Código Penal, devendo ser observado o disposto no art. 419 do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17764)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: HOMICÍDIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO para lesões corporais. *Animus* de matar não caracterizado. Réu que após agredir a vítima saiu com ela em busca de socorro. Ausência do *animus necandi* comprovada pelas declarações da própria ofendida. Natureza das lesões, interrupção da execução e busca por atendimento que evidenciam claramente que o réu não desejava a morte da ofendida. Lesões sofridas que foram consideradas de natureza leve em exame de corpo de delito. Custódia cautelar do recorrente que deverá ser analisada pelo Juiz competente, nos termos do art. 419, parágrafo único, do CPP. Recurso parcialmente provido para desclassificar a conduta imputada ao réu para o crime de lesões corporais.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. O presente recurso em sentido estrito foi interposto por JOSÉ CARLOS DE JESUS ABREU (ou JOSÉ CARLOS DE ABREU) (RG nº 16.589.712) contra a r. decisão de fls. 191/194, cujo relatório se adota, que o pronunciou por infração ao art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 14, II, e art. 61, II, "e" e "f", todos do Código Penal.

Inconformado, em razões apresentadas por seu Defensor, recorreu, buscando sua impronúncia, fundada na controvérsia entre as provas carreadas e os relatos da vítima sobre os fatos. Sustenta, também, ter havido desistência voluntária em prosseguir com a execução do crime, por ter ajudado a vítima a receber o socorro médico necessário. Pleiteia, por esses argumentos, a desclassificação do crime para o de lesões corporais. Por fim, assevera que, como o laudo apresentado no incidente de dependência toxicológica concluiu que, à época do fato, sofria de perturbação da saúde mental, por vício em cocaína e crack, deveria ser isento de pena, nos termos do art. 45 da Lei de Drogas (fls. 210/217).

O recurso foi contrariado às fls. 219/224. Por ocasião do juízo de retratação, foi a decisão atacada mantida a fls. 225.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Edilson Mougenot Bonfim, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 230/233).

É o relatório.

2. O recurso merece parcial provimento.

Constou da denúncia que, na data de 16 de agosto de 2011, na Rua das Cerejeiras, nº 90, Jardim Samambaia, Comarca de Praia Grande, o recorrente, JOSÉ CARLOS DE JESUS ABREU, valendo-se de recurso que dificultou a defesa da vítima, tentou matar sua esposa Rosalina Ferrette de Abreu, somente não consumando seu intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade.

Constou, ainda, que o denunciado e a vítima são casados. E, nas circunstâncias de tempo e local acima mencionadas, estando Rosalina já deitada em sua cama, passou a ser importunada pelo denunciado, que lhe dizia para que confessasse uma suposta traição. Repentinamente, José Carlos levantou da cama, apossou-se de um facão e passou a atacar a vítima, ainda sobre a cama do casal, desferindo contra ela inúmeros golpes, que lhe provocaram ferimentos que foram descritos no laudo pericial.

Além disso, foi descrito na exordial que, durante a ação, a filha do casal acordou e, deparando-se com a chocante cena, foi à rua buscar socorro, o que levou à interrupção da ação do denunciado. A vítima, então, dirigiu-se ao Pronto Socorro, onde recebeu atendimento médico.

Acesso ao Sumário

Processado, o réu foi pronunciado nos exatos termos da denúncia.

Contudo, respeitado posicionamento contrário, entendo que é caso de desclassificação da conduta.

Interrogado, o recorrente afirmou não ter a intenção de matar a vítima. Confirmou tê-la agredido a golpes de faca, em razão de estarem – ele e a vítima – passando por problemas conjugais, porque ela dizia que iria sair para ir ao bingo, deixando as filhas com o recorrente, e, ao retornar, ia "lavar a vagina com a mangueirinha" (sic). Além disso, tê-lo acusado de querer dinheiro que ela estava arranjando ilicitamente. Relatou, também, que no dia dos fatos pegou a faca porque ela ficou dando risada dele e dizendo que já tinha um novo amor.

O réu acrescentou que a vítima, sua esposa Rosalina, ficou puxando a faca da mão dele, provocando-o, mas que ele ficou tentando afastar o instrumento dela para que não se cortasse, até que conseguiu. Por fim, afirmou que, se realmente quisesse matá-la, o teria feito, já que anos antes havia matado um homem a facadas. Por fim, admitiu ser viciado em crack há um ano e meio (fls. 96).

Sua versão foi confirmada pela ofendida, que, ouvida em juízo, foi categórica ao afirmar que, na data dos fatos, estando deitada em sua cama, foi interpelada pelo recorrente sobre uma suposta traição. Como nada disse, ele foi até a cozinha da casa onde residiam, voltando de lá com uma faca, com a qual tentou golpeá-la no peito, mas, como segurou o facão durante a luta, feriu-se apenas na mão e braço. Contou ainda que sua filha viu a cena e saiu gritando em direção ao pronto-socorro. O recorrente, por sua vez, ao perceber que a filha tinha saído da residência, interrompeu a agressão e disse que não era para ter segurado a faca, que ela era "trouxa". Na sequência, ele a ajudou a trocar de roupa, levando-a ao pronto-socorro.

No entanto, no caminho, disse que era para a ofendida contar que tinha caído em cima da faca enquanto lavava louça, decorrendo disso as lesões que apresentava, o que foi por ela feito.

Contudo, no momento em que o réu saiu, ela contou às enfermeiras que a atendiam a verdade. A vítima relatou ainda que vinha, há muitos anos, sendo ameaçada pelo recorrente, que a agredia e que ele era usuário de drogas, e, ao sair da cadeia, ter passado a consumir crack, estando todos os problemas pelos quais passavam relacionados a isso, pois sem a droga ele é uma boa pessoa. A ofendida aduz, inclusive, que ele dizia que não iria matá-la, pois quem ama não mata (fls. 89/90).

A testemunha Maria Vitoria de Jesus Abreu, filha do réu e da vítima, contou que, na data dos fatos, ela ouviu a mãe gritando e seu pai mandando que ela parasse porque, caso contrário, a declarante a ouviria, mas como ela continuou a gritar, foi até a porta do quarto de seus pais e viu o réu ajoelhado em cima da barriga de sua mãe com a faca na mão. Ao presenciar tal fato,

saiu de casa correndo e pedindo ajuda no pronto-socorro, ocasião em que os funcionários acionaram a polícia e falaram para ela ir até a esquina da casa para esperar as autoridades. Sua mãe veio para o hospital, chegando a polícia quase que no mesmo momento que ela. Maria Vitoria afirmou ter ouvido sua mãe dizer para seu pai correr, pois "não iria caguetá-lo". Finalizou dizendo que seu pai era viciado em drogas, mais especificamente crack, enquanto que sua mãe usava maconha (fls. 91/92).

Por seu turno, a policial que atendeu à ocorrência relatou que foram acionados para atender confusão no pronto-socorro local. Ali chegando, encontraram a filha da vítima e do réu dizendo que tinha visto seu pai tentar matar sua mãe e, enquanto conversava com ela, a vítima chegou ao pronto-socorro. Ao conversar com a ofendida, ela teria dito que o marido havia a golpeado com um facão e que ele a levou ao pronto-socorro (fls. 93/94).

Vê-se que, embora tenha violado a integridade corporal da ofendida, o recorrente empreendeu esforços para preservar-lhe a vida, quando poderia, na realidade, prosseguir e esgotar seu potencial lesivo, concretizando o resultado morte – que, ao que consta, era mesmo indesejado: observe que o recorrente teria dito várias vezes que não mataria a vítima, poetizando que "quem ama não mata", fato confirmado inclusive pela própria.

Com base nas provas testemunhais e na narrativa da própria ofendida, a conclusão a que se chega é a de que inexistiu no caso em comento a vontade de matar do agente. Dessa forma, perfeitamente viável a desclassificação para o delito de lesões corporais.

A possibilidade de o Juiz desclassificar a imputação de crime doloso contra a vida para outro que não seja da competência do Tribunal do Júri está no art. 419 do Código de Processo Penal. Sendo assim, deverá ser observada a regra segundo a qual, nos casos em que o Juiz da Vara do Júri verificar que a conduta praticada não configura crime doloso contra a vida, e, portanto, incompetente o Conselho de Sentença para o seu julgamento, deverá remeter os autos ao Juiz que o seja.

De fato, pelas provas colhidas restou demonstrado que o recorrente agiu não com dolo de matar, já que não prosseguiu na empreitada por conta própria. Ainda, em determinado momento procurou socorro à vítima, evitando, desse modo, a consumação de sua morte. Adequada, portanto, a desclassificação, para o fim de retirar do Tribunal do Júri a incumbência de julgar o delito que não se inclui no rol dos dolosos contra a vida (CPP, art. 74, § 1º).

Assim sendo, deve ser determinada a desclassificação, pois demonstrada, à saciedade, a ausência de *animus necandi*. Sendo certo que as testemunhas ouvidas e a própria vítima reforçam essa tese.

Com efeito, ficou suficientemente demonstrado que o tipo do art. 121,

Acesso ao Sumário

caput, do Código Penal se configurou, mesmo que na modalidade tentada, por falta do elemento subjetivo.

Desse modo, o feito deverá ter prosseguimento, doravante, observando-se as disposições constantes do artigo 419, parágrafo único, do CPP, que determina que "*remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso*".

Diante de tal determinação, caberá ao juiz competente a decisão sobre a necessidade ou não da manutenção da custódia cautelar do recorrente, assim como a questão referente à aplicação ou não do art. 45 da Lei de Drogas, que, se analisadas no presente recurso, poderão acarretar supressão de instância. Ademais, deve-se considerar que, também, não é o caso de concessão de *habeas corpus* de ofício, que somente se admite quando o constrangimento ilegal se mostrar patente. Situação que não se verificou neste caso.

De outra banda, inviável o reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva já que não definida a pena a ser imposta pelo crime de lesão corporal e qual a natureza desta.

3. Em face do acima exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para desclassificar o crime imputado ao recorrente para o tipificado no art. 129 do Código Penal, devendo ser observado o disposto no art. 419 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0010739-57.2010.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é recorrente JOEL FERNANDES DA SILVA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso defensivo para, anulada a certidão de trânsito em julgado, determinar o recebimento da apelação interposta por JOEL FERNANDES DA SILVA nos autos da Ação Penal nº 0010739-57.2010.8.26.0624, da 1ª Vara Criminal de Tatuí. Remetam-se os autos à Vara de origem para as devidas providências. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17564)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso em sentido estrito. Não recebimento da apelação. Tempestividade. Desacerto no endereçamento da petição não pode prejudicar o réu, em observância ao princípio da ampla defesa. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por **JOEL FERNANDES DA SILVA** contra a r. decisão de fls. 32, que deixou de receber o apelo por ele interposto.

Insurgiu-se o recorrente (fls. 02/06), sustentando o erro do *decisum*, porquanto, apesar de a d. defesa ter endereçado a interposição do apelo à Vara errada, na mesma Comarca, protocolou o documento dentro do prazo legal, data, inclusive, em que já vigia a Resolução nº 65/2008 do CNJ, que garante o encaminhamento correto das petições em face da padronização da numeração dos processos.

O Ministério Público, em suas contrarrazões, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 35/39).

Às fls. 40, há a manutenção da decisão recorrida, com a determinação da remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A Douta Procuradora de Justiça, em seu parecer de fls. 43/47, opinou pelo não provimento do recurso.

É a síntese do essencial.

JOEL FERNANDES DA SILVA foi condenado a cumprir a pena de 06 meses de detenção, no regime aberto, mais 10 dias-multa, no piso legal, substituída a restritiva por prestação de serviços à comunidade, pela prática do delito previsto no artigo 306, “caput”, da Lei nº 9.503/97, tendo a sentença sido prolatada aos 28 de fevereiro de 2013 (fls. 22/27).

Houve intimação pessoal no dia 1º de abril seguinte, do d. Advogado dativo, Dr. Anderson Rodrigues Elias (fls. 28) que protocolou a interposição do apelo no dia 04 do mesmo mês (fls. 31).

Ocorre que a peça foi endereçada à 2ª Vara Criminal de Tatuí, tendo o processo tramitado perante o N. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de referida Comarca.

Houve, portanto, a certidão de trânsito em julgado da decisão condenatória para as partes (fls. 29), tendo o N. Magistrado deixado de receber o recurso (fls. 32), cuja juntada ao feito se deu somente após a decisão que determinou a expedição da guia de recolhimento e arbitramento dos honorários advocatícios (fls. 30).

O presente recurso deve ser provido.

Ocorre que a interposição do apelo é tempestiva, não podendo o equívoco do defensor prejudicar o réu. Parece, inclusive, que tal erro poderia ter sido logo sanado pela serventia ao verificar o número do processo ao qual se destinava.

Como bem consignado pela I. Promotora de Justiça nas contrarrazões do presente recurso, "**(...) considerando que o recorrente, através de seu Defensor, interpôs a apelação dentro do prazo legal, entendo razoável o seu recebimento, com a consequente anulação do trânsito em julgado. Ora, a vontade de apelar, dentro do prazo legal, ficou inequívoca. É bem verdade que houve erro no endereçamento da petição, contudo, trata-se de erro escusável, não podendo o réu ser prejudicado em seu direito à ampla defesa**" (fls. 38).

Destarte, por estas razões, **dá-se provimento ao recurso defensivo para, anulada a certidão de trânsito em julgado, determinar o recebimento da apelação interposta por JOEL FERNANDES DA SILVA nos autos da Ação Penal nº 0010739-57.2010.8.26.0624, da 1ª Vara Criminal de Tatuí.**

Remetam-se os autos à Vara de origem para as devidas providências.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0003818-18.2011.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente ALEXANDRE DA SILVA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.675)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente sem voto), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 26 de junho de 2014.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Presença de indícios de autoria e existência de prova material. Elementos a autorizar que o comportamento imputado ao recorrente seja julgado pelo respectivo

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Juiz Natural (Tribunal do Júri). Inteligência do artigo 413 do Código de Processo Penal. Legítima defesa. Absolvição sumária. Impossibilidade. Insuficiência, ao menos por ora, de elementos de convicção a respeito da ausência de "animus necandi" na conduta desse acusado. Questão a ser considerada pelo Conselho de Sentença. Manutenção da qualificadora referente a motivo fútil. Possibilidade. Réu que, em tese, matara o ofendido em razão de desentendimento relacionado ao volume excessivo da música ouvida por este. Matéria que também deverá ser analisada por esse Conselho. Recurso improvido, portanto.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por *Alexandre da Silva* (folhas 245 a 253), réu solto, haja vista pronúncia (folhas 224 a 226) como incurso no artigo 121, parágrafo 2º, II, do Código Penal.

Esse recorrente, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) as testemunhas ouvidas fizeram claro a respeito do comportamento agressivo da vítima após a ingestão de bebidas alcoólicas; b) ocorrera desentendimento entre ele, réu, e esse ofendido, e, a propósito, apenas se defendera da violência por este praticada; c) ausência de intenção de matar; d) dever ser reconhecida legítima defesa, porquanto utilizara moderadamente os meios necessários para repelir essa injusta agressão; e) consideração às doutrinas e aos arestos desta Corte colacionados; f) logo, e porque presentes os requisitos do artigo 25 do Código Penal, ser caso de absolvição sumária com fundamento no artigo 415, III, do Código de Processo Penal; g) subsidiariamente, dever ser afastada a qualificadora relativa ao motivo fútil, certo que o crime fora praticado em razão de pretérita agressão física perpetrada pela vítima, e não em virtude da música em volume excessivo.

O recorrido, por sua vez, sustentou, em resumo, não proceder o alegado pelo recorrente e, assim, ser caso de manutenção dessa pronúncia (folhas 255 a 258).

Mantida essa decisão (folhas 259), houve parecer da douta Procuradoria de Justiça (folhas 262 a 267) no sentido do improvimento do recurso.

É o relatório.

Impõe-se manter essa decisão de pronúncia.

A propósito, e embora nesta feita não se exare juízo terminante acerca do mérito, se desacolhe a supracitada alegação do recorrente – motivo de descrição resumida no relatório deste voto –, porque presentes indícios de autoria e prova

Acesso ao Sumário

material relativos ao imputado crime de homicídio qualificado.

Com efeito, é da denúncia que, em 13 de agosto de 2011, por volta de 22h00, na Travessa Escrito nas Estrelas, número 279, município de São Paulo, agindo com *animus necandi*, o acusado matara *Railto da Silva*.

Após instrução própria, fora aditada essa peça inicial da acusação para que constasse ter esse réu agido por motivo fútil "*consistente em uma discussão de somenos importância por conta do volume do som da música que a vítima ouvia*" (folhas 180).

Ademais, a prova material desse apontado crime é sólida e está consubstanciada em boletim de ocorrência (folhas 3 a 5) e laudo pelo exame necroscópico (folhas 61 a 64).

A respeito da autoria, de outra parte, há indícios suficientes para que esse comportamento atribuído ao réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nesse ponto, a testemunha Aldenisa Maria da Silva (folhas 177 e verso), ouvida em Juízo sem prestação do compromisso próprio, relatou que, porquanto então estivesse à procura do respectivo irmão (Railto), se dirigira à residência dele.

Ato contínuo, e malgrado ninguém abrisse a porta dessa casa, fora informada pela proprietária do imóvel (Maria José) estar o réu no interior dessa moradia, bem ainda ter ocorrido desentendimento entre ele e o irmão, porquanto o primeiro "*queria que Railton desligasse o rádio porque já estava noite e o som estava muito alto*".

Revelou, também, soubesse que esses irmãos, então, adentraram na supradita residência, bem ainda que, momentos depois, esse ora recorrente saíra do imóvel, ao passo que "*Railton não saiu mais depois que entrou*".

Acrescentou, ainda, que, ao abrir a porta dessa casa, visualizara "*a vítima já morta no chão do banheiro*", bem como esse réu, o qual, por sinal, estava "*muito calmo*".

Esclareceu, ademais, que esse acusado lhe dissera haver a discussão ocorrido porque ele desejava desligar o aparelho de som, conquanto a vítima opusesse resistência. Incontinenti, esse ofendido tentara agredi-lo, razão pela qual esse denunciado apanhara faca.

Em seguida, e conforme ainda o narrado por esse ora recorrente, essa vítima conseguira retirar esse artefato (faca) do poder dele e, então, golpeara-o no ombro. Contudo, e porque recuperasse a sobredita arma branca, esse réu desferira facada na barriga desse ofendido.

Ajustada às narrativas dessa testemunha, em princípio, afigura-se a do ex-marido dela, David Teixeira Santos (folhas 178).

Acesso ao Sumário

Com efeito, esse depoente, sob o crivo do contraditório, narrou fosse informado a respeito da morte dessa vítima, bem ainda que “*Railton havia bebido e a discussão foi por causa do som alto*”. Aduziu que esse ofendido “*não aceitava ser contrariado*”, notadamente após a ingestão de bebidas alcoólicas.

A esse respeito também é presente a fala da proprietária do imóvel, Maria José de Souza do Nascimento (folhas 176), a qual esclareceu em Juízo que, conquanto não presenciasse o fato sob exame e nem tampouco ouvisse discussões entre esse ora recorrente e o irmão dele, na data indicada na denúncia, quando esse acusado abrira a porta da respectiva residência visualizara “*que a vítima já estava morta*”.

Outrossim, é de consideração o revelado pelo depoente Cleberson Santos Ribeiro (folhas 175), ou seja, no sentido de que fora informado pela irmã do réu a respeito de ter esse acusado matado o respectivo irmão.

Relatou, ainda, que, porque então visualizasse viatura da Polícia perto do local, avisara os milicianos acerca desse crime.

Asseverou, por fim, ouvisse comentários a propósito de ter ocorrido desentendimento entre réu e vítima no dia do fato sob apreciação, malgrado não soubesse o motivo dessa desavença.

As testemunhas Alzeni Maria da Silva (folhas 193) e Severino Francisco da Silva (folhas 199), respectivamente, irmã e pai desse acusado, informaram acerca do comportamento agressivo do ofendido após ingestão de bebidas alcoólicas, embora não presenciassem o fato sob exame.

Isso não bastasse, esse ora recorrente, ao ser interrogado em Juízo (folhas 179 e verso), admitiu a prática da sobredita agressão contra Railto, conquanto afirmasse ter sido injustamente atacado por essa vítima.

Com efeito, esse réu declarou, entre outras expressões, que ele e esse ofendido “*beberam muito e estavam realmente bêbados; o som estava ligado no volume muito alto e começaram a discutir; o réu queria desligar o rádio porque já estava tarde e a vítima insistia em manter o rádio ligado; começaram um empurra para cá outro para lá e também trocaram socos; (...) a vítima pegou a faca na pia do lado do fogão e pegou a ponta da faca e encostou no ombro do réu mas não chegou a machucá-lo; o réu conseguiu tirar a faca das mãos da vítima e estava* ‘*com muita, muita raiva*’, *e reagiu efetuou três golpes um no braço e dois na barriga; (...) confirma o que disse na delegacia, de que foi quem primeiro pegou a faca; agora, melhor se recordando, afirma que foi a vítima quem teve a iniciativa de pegar a faca (...)*”.

Nesse passo, ao menos nesta feita, há dúvida a respeito de legítima defesa, pois, embora esse ora recorrente alegasse ter tão somente se defendido de injusta agressão praticada pela vítima, não se revelam sólidos os demonstrativos para reconhecimento dessa causa excludente de ilicitude.

Acesso ao Sumário

Deveras, é presente, ao menos por ora, não ser possível afirmar fosse essa eventual reação do réu efetivada mediante utilização moderada dos meios necessários, certo não haver testemunha presencial do fato ora sob apreciação.

Além disso, a despeito dos relatos dos supranominados depoentes a propósito da vítima frequentemente apresentar comportamento agressivo após a ingestão de bebidas alcoólicas, à primeira vista, essa circunstância, por ela apenas, não possibilita conclusão terminante no sentido de que ela iniciasse comportamento consubstanciador de agressão.

Outrossim, *mutatis mutandis*, "*embora tenha a douta Defesa alegado que o réu agira em legítima defesa própria, é sabido que, para reconhecimento, imperiosa a análise mais profunda das provas. É necessário que a excludente esteja bem demonstrada. Não é o caso dos autos. Os jurados, então, é que terão que decidir a respeito, caso a matéria seja abordada, visto como a efetiva ocorrência da excludente não ficou clara, ao menos para autorizar a pretendida absolvição sumária (...)*"[1].

Nesse sentido, aliás, *mutatis mutandis*, é de destaque aresto desta Câmara ementado na seguinte conformidade:

"*RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DÚVIDA SOBRE A OCORRÊNCIA DA EXCLUDENTE DA LEGÍTIMA DEFESA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E CONVENCIMENTO SOBRE A MATERIALIDADE – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – Descabimento: Estando o juiz convencido da existência do crime e havendo indícios de autoria, correta a decisão de pronúncia, já que nesta fase processual a dúvida em relação à ocorrência ou não da excludente da legítima defesa, bem como da presença das qualificadoras, pende em favor da sociedade. Recurso parcialmente provido*"[2].

A bem ver, ainda, é de relevo a lição de Guilherme de Souza Nucci a respeito, a qual em seguida transcrita:

"*É preciso ressaltar que somente comporta absolvição sumária a situação envolta por qualquer das situações suprarreferidas quando nitidamente demonstradas pela prova colhida. Havendo dúvida razoável, torna-se mais indicada a pronúncia, pois o júri é o juízo competente para deliberar sobre o tema*"[3].

Assim, e porque essa matéria também deverá ser dirimida pelo Conselho de Sentença, contrariamente ao sustentado pela ilustre defesa, não há falar, ao menos por ora, em absolvição sumária desse acusado.

1 Trecho de aresto relativo ao Recurso em Sentido Estrito 0010645-55.2011.8.26.0566, relator o desembargador Poças Leitão, 15ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 25 de abril de 2013.

2 Recurso em Sentido Estrito 0000106-20.2011.8.26.0052, relator o desembargador Jair Martins, julgamento em 12 de dezembro de 2013. Sem esses grifos no texto copiado.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Página 822.

Por outro lado, e conquanto esses dados não representem expressão de juízo terminante sobre o mérito, presentes estão os requisitos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Daí ser de rigor a pronúncia.

Portanto, ao Conselho de Sentença incumbirá efetivamente julgar, absolvendo ou condenando, ou reconhecendo, ou não, o alegado pelo réu mediante este recurso, asseguradas amplitudes de acusação e defesa.

Nesse passo, aliás, é de consideração que, "*Na fase do judicium accusationis basta a demonstração dos requisitos da materialidade e autoria delitivas para a pronúncia. Havendo dúvida sobre o elemento animador da conduta do acusado, cabe ao seu Juiz Natural dirimi-la*"[4].

Por isso, e como, ao menos por ora, os elementos de convicção depreensíveis do contido nos autos não possibilitem conclusão terminante a respeito dessa conduta do acusado não estar animada por *animus necandi*, se itera não reconhecer a objetivada absolvição sumária.

No que tange à qualificadora referente a motivo fútil, é presente dever ser ela mantida, ao menos nesta feita, ou seja, mediante a presente decisão de pronúncia.

É que, "*Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme já decidido por esta Corte*"[5].

Com efeito, constata-se, à primeira vista, haver indicadores de que esse réu teria agredido a vítima motivado por desentendimento relacionado ao volume excessivo da música ouvida por ela.

Registra-se, por oportuno, não se acolher, ao menos por ora, alegação da ilustre defesa no sentido de dever ser afastada a sobredita qualificadora em virtude da existência de animosidade pretérita entre acusado e ofendido.

A esse respeito, *mutatis mutandis*, é de relevo acórdão desta Câmara, em parte, assim ementado:

"*Recurso em sentido estrito – Pronúncia (art. 121, caput, c.c. art. 14, II, por duas vezes, ambos do CP) (...) <u>Qualificadora condizente com o arcabouço de provas – Existência de desentendimento anterior entre réu e vítimas que, por si só, não afasta eventual futilidade na ação criminosa – Dúvida que deverá ser deslindada pelo Conselho de Sentença, seu juiz natural</u> – Recurso do réu desprovido, provido o do Ministério Público para inclusão, na pronúncia, da*

Acesso ao Sumário

---

4 RT, 752:645.

5 Trecho de ementa relativa ao *Habeas Corpus* 117055, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, relator o ministro Jorge Mussi, julgamento em 23 de março de 2010.

qualificadora do motivo fútil”[6].

A bem ver, ainda, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “*(...) é cediço que só podem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes, uma vez que não se pode usurpar do Tribunal do Júri o pleno exame dos fatos da causa. E, com efeito, a circunstância de discussão anterior entre vítima e acusado não exclui, por si só, a qualificadora referente ao motivo fútil*”[7].

Desse modo, consoante a prova colhida e conquanto não se declare definitivamente sobre o mérito, não há falar, ao menos por ora, em afastamento da supradita qualificadora.

Presentes esses fundamentos, nesta feita reitera-se desacolher o alegado por esse recorrente (motivo de descrição resumida no relatório deste voto).

Derradeiramente, considera-se o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0097259-59.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente/ querelante COMEXI S/A, são querelados CARLOS ALBERTO DA SILVA, ALINE STEPHANIE SILVA, JACIR JOSÉ ROSSETTIM, FÁBIO RENATO SAVI, JORGE MARCELO PEREIRA, HEMERSON LUÍS DOS SANTOS e ROMÁRIO LUIZ ZONNEVELD e recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, para receber a queixa-crime oferecida contra os recorridos Carlos Alberto da Silva, Aline Stephanie Silva, Jacir José Rossettim, Fábio Renato Savi, Jorge Marcelo Pereira, Hemerson Luís dos Santos e Romário Luiz Zonneveld, dando-os como incursos nos artigos 183, 184, 185 e 195, III, da Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/96, c.c. o artigo 66 do Código do Consumidor, e artigos 175 e 288 do Código Penal. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22152)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO

6 Recurso em Sentido Estrito 0000479-35.2011.8.26.0025, relator o desembargador Walter de Almeida Guilherme, julgamento em 21 de fevereiro de 2013. Sem esses grifos no texto copiado.

7 *Habeas Corpus* 162401, relatora a ministra Laurita Vaz, julgamento em 27 de março de 2012. Os grifos apostos não constam da redação original.

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

COELHO (Presidente), PENTEADO NAVARRO e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 10 de julho de 2014.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Rejeição de queixa-crime. Crime contra a propriedade industrial e contra as relações de consumo. Existência de elementos suficientes para o início da ação penal. Exordial acusatória que preenche os requisitos do artigo 41 do CPP. Prevalência do princípio do *in dubio pro societate*. Recurso provido para receber a queixa-crime oferecida contra os recorridos.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela querelante Comexi S/A contra a r. decisão de fls. 334/337, que, por inépcia e falta de justa causa, rejeitou a queixa-crime oferecida contra Carlos Alberto da Silva, Aline Stephanie Silva, Jacir José Rossettim, Fábio Renato Savi, Jorge Marcelo Pereira, Hemerson Luís dos Santos e Romário Luiz Zonneveld, os dois primeiros sócios da empresa Carton Access Ltda. EPP, e os cinco últimos sócios da empresa Flexo Tech Industrial Ltda., aos quais foi imputada a prática dos crime previstos nos artigos 183, 184, 185 e 195, III, da Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/96, c.c. o artigo 66 do Código do Consumidor, e artigos 175 e 288 do Código Penal, determinando o arquivamento do feito.

Sustentando que a queixa-crime preenche os requisitos legais e que há justa causa para a ação penal, postula a querelante o recebimento da exordial acusatória e seu regular processamento (fls. 349/364).

Processado o recurso, vieram aos autos as contrarrazões dos querelados Fábio, Hemerson, Jacir, Jorge e Romário (fls. 380/390) e do querelado Carlos (fls. 400/407). O MM. Juiz, considerando que a querelada Aline "*não exerce responsabilidade penal*", reconsiderou o despacho que determinava a expedição de nova carta precatória para citação da referida querelada e determinou a remessa dos autos a esta instância (fls. 421). Por determinação da Presidência desta Seção Criminal, tornaram os autos à primeira instância para a manifestação do Ministério Público, o qual requereu o reconhecimento e provimento do recurso (fls. 426/428). A r. decisão recorrida foi mantida no juízo de retratação (fl. 429). Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso, com o consequente recebimento da queixa-crime (fls. 432/433).

É, em resumo, o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento, preservado o posicionamento do MM. Juiz *a quo*.

Com efeito, é sabido, mas não custa relembrar, que somente se autoriza a rejeição da denúncia ou queixa, quando o fato descrito, nem mesmo em tese, constituir infração penal, ou na hipótese de não existir no inquérito, ou nas peças de informação, o mínimo de provas a respeito da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

De fato, para que seja possível a instauração da ação penal é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção. Sem que haja *fumus boni juris* a amparar a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida.

No caso concreto, todavia, existem elementos suficientes para se iniciar a ação penal. A exordial acusatória preenche os requisitos do artigo 41 do CPP, descrevendo crimes, em tese, com todos os seus elementos e circunstâncias, além de se encontrar embasada em elementos de convicção que lhe conferem viabilidade.

Relata a exordial acusatória que os querelados, através de suas empresas, realizaram "*a fabricação e comercialização (...) de máquinas que incorporavam os ensinamentos contidos em suas patentes, representando assim não apenas a violação de direitos referentes àquelas, como igualmente prática de atos de concorrência desleal*" (fl. 13), incorrendo nas penas previstas nos artigos 183, 184, 185 e 195, III, da Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/96, c.c. o artigo 66 do Código do Consumidor, e artigos 175 e 288 do Código Penal.

O MM. Juiz *a quo* argumenta, em primeiro lugar, que a queixa-crime padece de "inépcia técnica" (fl. 334), pois, "*nas trinta e seis páginas que compõem a queixa, não se consegue identificar sequer uma conduta definida imputada a algum dos querelados. Há um amontoado de argumentações, referências ao laudo, à utilização de invenção sem consentimento, prática de concorrência desleal, entre outras. Mas não existe a mínima individualização e especificação de comportamento*" (fl. 335).

Aduz, em segundo lugar, que "*está-se a promover imputação fundada em juízo objetivo de responsabilidade penal, especialmente no que toca a Aline Stephanie Silva. Sim, porque no próprio contrato social da 'Carton Access Ltda. EPP', juntado às fls. 55/57 pela querelante, vê-se que ela não exerce qualquer função na sociedade, administrada e representada exclusivamente por Carlos Alberto da Silva, pessoa que inclusive assinou por Aline na constituição da empresa (fl. 57)*" (fls. 336).

Acesso ao Sumário

Entendeu, por fim, o ilustre Magistrado, que, "*seja pela inépcia, seja pela imputação puramente objetiva, seja pela falta de justa causa, a presente queixa não atende aos requisitos legais para recebimento*" (fl. 337).

Entretanto, respeitando o entendimento do d. Magistrado *a quo*, é perfeitamente possível o prosseguimento da ação penal com a exordial acusatória e a documentação que a instrui.

Ora, como bem apontou o douto Promotor de Justiça oficiante, "*apesar da existência de prolixidade desnecessária na redação da referida queixa-crime, tal fato não a macula a ponto de impedir o seu recebimento e consequente processamento do feito. Pelo contrário, todos os requisitos foram integralmente cumpridos, sendo os crimes devidamente descritos, bem como as condutas corretamente individualizadas, apesar da falha na forma pela qual foram apresentadas*" (fl. 427). Tem razão o ilustre representante do Ministério Público, ainda, ao apontar que a necessidade de concisão da denúncia e da queixa-crime "*serve tão somente como orientação para a redação da peça acusatória inicial, não se tratando de norma cogente. Assim, a falta de concisão não é algo a tornar inepta a denúncia ou queixa-crime, pois não há nenhuma previsão legal nesse sentido*" (fls. 427).

O bem lançado parecer esclarece, com razão, que "*não obstante o cumprimento de todos os requisitos do artigo 41 do CPP, o recorrente cumpriu com maestria e zelo com a instrução documental da peça inicial, requisito essencial para a queixa-crime referente a delito cometido contra a propriedade imaterial*" (fl. 427), observando, finalmente, que "*eventuais argumentos lançados na queixa-crime devem ser apreciados em momento oportuno, durante a instrução processual, fato este que não se deu oportunidade com a rejeição da peça inicial. Ainda, havendo ulterior necessidade, o Ministério Público terá a possibilidade de aditar os termos da exordial ou, até mesmo, oferecer denúncia, no caso de ação penal incondicionada*" (fl. 428).

De se ressaltar, ademais, que o digno Magistrado de primeiro grau, ao entender que não há justa causa para a ação penal, praticamente esmiuçou os elementos indiciários, antecipando inclusive sua convicção, o que lhe era vedado, porquanto não se permite exame crítico e aprofundado dos indícios em que se embasou a queixa-crime, para refutá-los, sob pena de prejulgamento da causa.

Acesso ao Sumário

Ora, por ocasião do recebimento da exordial acusatória, prevalece o princípio do "*in dubio pro societate*", devendo a culpa ou inocência do réu ser demonstrada no transcorrer da instrução criminal. Não é recomendável que o Juiz, nessa fase, antecipe o exame da prova, deixando para analisá-la, de forma mais aprofundada, por ocasião da sentença final, após o término da instrução probatória.

No caso em testilha, portanto, de acordo com o entendimento exposto pelos ilustres representantes do Ministério Público em ambas as instâncias, foi prematura a rejeição da queixa-crime sob o fundamento de inépcia da exordial acusatória e de ausência de justa causa para a persecução criminal, haja vista que se encontram plenamente preenchidas as formalidades exigidas pelo artigo 41 do CPP, sendo certo que, ao menos em tese, os delitos ali narrados se verificaram. Lembro, ainda, que no caso de existirem falhas ou omissões aqui não detectadas, o artigo 569 do CPP admite que as eventuais omissões sejam supridas a todo tempo, antes da sentença final, sem que isto acarrete qualquer prejuízo para o exercício da atividade defensiva.

Destarte, mostrando-se plausível a acusação deduzida em desfavor dos recorridos, e considerando o disposto na Súmula 709 do C. Supremo Tribunal Federal, impõe-se o recebimento da queixa-crime ofertada pela querelante.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para receber a queixa-crime oferecida contra os recorridos Carlos Alberto da Silva, Aline Stephanie Silva, Jacir José Rossettim, Fábio Renato Savi, Jorge Marcelo Pereira, Hemerson Luís dos Santos e Romário Luiz Zonneveld, dando-os como incursos nos artigos 183, 184, 185 e 195, III, da Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/96, c.c. o artigo 66 do Código do Consumidor, e artigos 175 e 288 do Código Penal.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0183417-05.2013.8.26.0000, da Comarca de Porto Feliz, em que é peticionário LEÔNIDAS SAMPAIO CALOCCINI.

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a presente ação e indeferiram o pedido de revisão criminal, mantendo integralmente o julgado atacado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.429)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente), RENÊ RICUPERO, CARDOSO PERPÉTUO, AUGUSTO DE SIQUEIRA, FERNANDO TORRES GARCIA, HERMANN HERSCHANDER, MARCO DE LORENZI e MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 24 de julho de 2014.

DE PAULA SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Adulteração de sinal identificador de veículo automotor – Matéria exaustivamente analisada – Materialidade e autoria comprovadas – Não configuração de condenação contrária à evidência dos autos – Cabimento de revisão apenas nas hipóteses taxativamente enumeradas e em que há evidente erro judiciário – Apelação apresentada por advogado constituído sem apresentação de instrumento de mandato – Mera irregularidade – Precedentes do STF – Ausência de nulidades com relação a laudo produzido na fase de inquérito e ao interrogatório judicial – Prejuízo não evidenciado – *Pas de nullité sans grief* – Nenhuma alegação de nulidade, ademais, formulada oportunamente, sob tal fundamento, no processo de origem – Penas adequadamente fixadas – Pedido julgado improcedente.

VOTO

Cuida-se de Revisão Criminal requerida por LEÔNIDAS SAMPAIO CALOCCINI, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, contra o acórdão de fls. 396/401, cujo relatório se adota, que negou provimento à apelação interposta, mantendo a sua condenação como incurso no art. 311, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, além de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformado, o interessado postulou a revisão (fls. 02/22), pleiteando a anulação do processo, pois: a) a apelação foi interposta por defensor que se deu por constituído e não apresentou instrumento de procuração; b) não foi exercida a faculdade de apresentar quesitos e indicar assistente-técnico, conforme artigo 159, § 3º, do Código de Processo Penal, com relação ao laudo técnico nº 11.435/2009; e c) quanto ao interrogatório do réu, não foram atendidas as determinações dos artigos 187 e 188 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

O douto Procurador de Justiça opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento da revisão e, no mérito, pelo indeferimento da pretensão (fls. 190/195).

É o relatório.

Acerca da revisão criminal, dispõe o Código de Processo Penal:

Acesso ao Sumário

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

"I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

"II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

"III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena".

Contudo, no presente caso concreto, não se verifica nenhuma dessas hipóteses.

Ab initio, cumpre assinalar que não merecem acolhida as alegações de nulidade ora formuladas pela Defesa.

Com efeito, durante toda a instrução criminal, foi o ora requerente assistido por Defensor dativo (fls. 84 e 154), que apresentou defesa prévia (fls. 155/159), esteve presente às audiências realizadas (fls. 189 e 202/203), requereu diligências a fim de localizar testemunha por ela arrolada (fls. 237, 247, 285, 288 e 294) e ofereceu alegações finais (fls. 331/334).

Após prolatada a r. sentença condenatória, o acusado, ora suplicante, intimado (fls. 349), manifestou interesse em recorrer ao firmar o termo de fls. 350. Em seguida, como clara e inequívoca consequência lógica de tal manifestação, foram, então, ofertadas as razões de apelação de fls. 359/374 por advogado que se apresentou como defensor constituído do requerente, embora sem juntar instrumento de mandato.

Julgado o recurso pelo v. Acórdão de fls. 396/401, o resultado foi publicado no DJE de 07/01/2013, sem que houvesse interposição de qualquer recurso pelas partes. Sobreveio, então, a certidão de trânsito em julgado de fls. 703.

Descabe afirmar a existência de nulidade pelo fato do advogado constituído pelo ora requerente não haver trazido aos autos instrumento de mandato, o que, no contexto existente, configura mera irregularidade. Com efeito, tornou-se patente e incontroverso o ingresso nos autos, àquela altura, de defensor constituído, como consequência da manifestação de próprio punho do réu no sentido de que desejava recorrer, tanto que o defensor dativo que antes oficiava se absteve de apresentar razões de apelação, o que foi feito pelo novo advogado do acusado, mediante o oferecimento de alentada e enfática peça processual, composta de 16 (dezesseis) laudas (fls. 359/374).

E o alegado em tal arrazoado veio a ser alvo de contrarrazões do representante de primeiro grau do Ministério Público (fls. 376/377), com subsequente parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 388/391), e teve de ser enfrentado no acórdão de fls. 396/401.

Logo, tem-se que o ora requerente, na oportunidade, foi técnica e devidamente defendido, afigurando-se descabido cogitar de nulidade sob este aspecto.

Acerca da questão consigna Damásio de Jesus, reportando-se a escólios jurisprudenciais (*in* Código de Processo Penal anotado, 25ª edição, Editora Saraiva, p. 246): "*'Advogado que, embora não nomeado nem constituído, intervém no processo, desde o início, apresenta defesa prévia, arrola testemunhas, comparece às audiências e desempenha a defesa do réu a contento... A falta de mandato expresso, ou de nomeação dativa, constituiu, no caso', segundo o STF, 'mera irregularidade, que não se pode erigir em nulidade absoluta (Súmula 523). Hipótese que não se enquadra na previsão do art. 564, III, c, do CPP' (HC 56.889, DJU 27.4.79, p. 3380). Vide, no mesmo sentido, RTJ 150/512*".

A respeito da aplicação da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, observa-se que, deveras, não foi comprovada, nem a real deficiência de defesa, nem a existência de qualquer prejuízo para o peticionário.

Ademais, vigora no processo penal o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal: "*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

E dispõe, ainda, o art. 566 do aludido diploma legal: "*Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*".

Vale frisar que, no âmbito processual penal, tais nortes valem no que tange a toda e qualquer alegação de nulidade, sem nenhuma distinção de "grau" ou "intensidade", seja relativa, seja absoluta.

Nesse rumo o pacífico entendimento do C. Supremo Tribunal Federal:

"*A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que conforme já decidiu a Corte, 'o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas' (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002)*" (*Habeas Corpus* nº 99.053, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 21/09/2010, pub. 29/11/2010).

No mesmo sentido, *v. g.*, julgado daquele Pretório relatado pela Min. Ellen Gracie (RHC 105.243, j. 14/09/2010, pub. 01/10/2010).

Também neste Tribunal de Justiça a matéria já foi muitas vezes enfrentada, cumprindo trazer à colação trecho do recente Acórdão prolatado na Apelação nº 9000002-72.2007.8.26.0355, da Comarca de Miracatu (Rel. Des. Silmar Fernandes, j. 13/06/2013, v.u.): "*De se ressaltar, prima facie, que o moderno processo penal consolida a regra matriz pas de nullité sans grief, exigindo, pois,*

Acesso ao Sumário

que o ato processual a ser declarado nulo tenha causado, efetivamente, prejuízo às partes e, de algum modo, tenha influenciado negativamente na apuração da verdade substancial" (grifado no original).

Portanto, nada se vislumbra na presente hipótese concreta, no que tange a alegação ora examinada, que possa conduzir à nulidade.

No que diz respeito ao Laudo Técnico nº 11.435/2009 (fls. 37/50), melhor sorte não assiste ao requerente.

A perícia técnica foi realizada nos autos do Inquérito Policial, no qual não vigora o princípio do contraditório. Por isto mesmo, Damásio de Jesus deixa claro que as faculdades previstas no art. 159, § 3º, do CPP são concernentes a perícias eventualmente determinadas já na fase processual, em juízo, e não na etapa investigatória: "*Assistente técnico e formulação de quesitos: São faculdades das partes, no tocante às perícias efetuadas na fase processual. A disposição, segundo entendemos, não se aplica à fase de inquérito policial. De ver que o texto legal fala expressamente em faculdade outorgada ao 'querelante' e ao 'acusado' (entre outros), figuras que somente existem durante a* persecutio criminis in judicio" (ob. cit., p. 192).

Ademais, na presente hipótese concreta, verifica-se que, quando oferecida a denúncia, instruída com os autos do Inquérito, foi submetida a prova ao crivo das partes, que nada requereram no sentido de que fosse complementada ou esclarecida.

Pelo contrário, quando apresentada, nos termos dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, a resposta defensiva pelo douto advogado que a subscreveu (fls. 155/159), trechos do laudo foram expressamente invocados pela própria Defesa como fundamentos de alegações então deduzidas com o intuito de levar à absolvição (fls. 158), sem que fosse formulado qualquer requerimento no sentido de serem apresentados quesitos complementares ou esclarecimentos por parte do perito subscritor do documento. Buscou o douto defensor destacar trechos do trabalho pericial referentes a aspectos sob os quais não se confirmaram adulterações (*v.g.*, numeração do chassi). Referida remissão ao laudo foi reiterada nos memoriais de fls. 331/334 (especificamente a fls. 333/334) e levada em consideração quando prolatada a r. sentença condenatória, da qual constou análise expressa a respeito (fls. 340):

> "*O laudo de fls. 38 comprovou as adulterações, concluindo que quase a totalidade das peças do veículo acusa data de fabricação para o final de 2005 e início de 2006, sendo que o chassi identifica que o veículo teria sido fabricado em 2007, com o modelo 2008. Conclui, ainda, que a numeração do motor do veículo apreendido encontrava-se adulterada.*"
>
> "*Embora a numeração do chassi não tenha sido modificada, como guerreado pela Defesa, comete o crime de 'adulteração de sinal de veículo automotor' aquele que muda qualquer marca individualizada*

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

colocada no veículo, ofendendo a fé pública.”

Não há, outrossim, qualquer mácula, no que diz respeito ao interrogatório a que submetido o réu em Juízo (fls. 221/227).

As disposições do artigo 187 do Código de Processo Penal configuram referências para o magistrado, ao qual compete presidir o interrogatório e discernir quais são as perguntas necessárias e pertinentes, sendo que a ausência de formulação de algumas questões específicas expostas no dispositivo legal, mas sem relevância para a apuração dos fatos imputados ao interrogando, não configura qualquer nulidade. Cumpre salientar que o Defensor então oficiante nos autos esteve presente a todo o ato, tendo até mesmo formulado requerimento de que o réu, ora requerente, fosse interrogado antes da oitiva de testemunha de defesa deprecada para outra Comarca, o que foi deferido pelo Juízo, conforme constou do Termo de Audiência de fls. 202/203. Tratou-se, destarte, de ato transparente, que contou com efetivo acompanhamento da Defesa, sendo que o réu foi amplamente interrogado e teve totais possibilidades de expor sua versão sobre os fatos, compondo-se o termo de interrogatório de sete laudas (fls. 221/227).

Cuidou-se, enfim, de ato que atingiu plenamente sua finalidade, mais uma vez se aplicando as disposições dos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal, com destaque para a circunstância de que, também aqui, não ficou concretamente evidenciado qualquer prejuízo (*pas de nullité sans grief*), de modo que valem todas as considerações já expendidas acima sobre o assunto.

Em situação semelhante, já decidiu este Tribunal de Justiça (Ap. nº 0015795-69.2009.8.26.0248 – Indaiatuba, Rel. Des. Zorzi Rocha, j. 06/06/2013, v.u.): “*não foi pela defesa demonstrado em que consiste o prejuízo efetivamente sofrido, em obediência ao comando do artigo 563 do Código de Processo Penal, sabido que a forma pela forma não é motivo de nulidade, como era na Idade Média*”.

Tampouco se depreende que referido Defensor tenha pretendido formular reperguntas ao réu e que este direito lhe haja sido negado, de maneira a supostamente ferir o disposto no artigo 188 do Código de Processo Penal. Ao contrário, já se viu que o douto advogado não só estava presente, conforme consta do termo de audiência então lavrado (fls. 202/203), por ele firmado, como que foi em atendimento a expresso requerimento seu que o acusado (o qual era revel e compareceu) foi interrogado naquela mesma oportunidade. A manifestação do Defensor ficou expressamente consignada no termo e jamais constou qualquer indeferimento de pretensão sua de formular reperguntas ao acusado, muito menos reclamação de sua parte a tal respeito.

Ademais, no caso dos autos, também não foi ventilada insurgência alguma a respeito das questões *supra* nas alegações finais oportunamente apresentadas.

Acesso ao Sumário

Logo, não se afigura plausível a irresignação só agora manifestada. As circunstâncias do caso demonstram que, no caso concreto, a instrução processual decorreu normalmente e a Defesa teve todas as oportunidades de manifestação, afigurando-se nitidamente descabido, a esta altura, pretender a anulação do processo pelas razões mencionadas, quer por se achar preclusa a matéria, quer porque, como dito, não houve a demonstração de qualquer prejuízo disto decorrente.

Sobre o tema, vale a glosa de Guilherme de Souza Nucci:

> "Cabe à parte interessada no reconhecimento de alguma nulidade, levantar, como preliminar ao mérito, em suas alegações finais, ainda que sejam oralmente oferecidas, o vício ocorrido e o prejuízo havido" (Código de Processo Penal Comentado, 12ª edição, Editora RT, p. 996).

Portanto, se isso não foi feito (nem mesmo nas subsequentes razões de apelação) e a tramitação do feito ocorreu normalmente, chegando a termo, tem-se, ademais, independentemente de outras considerações, como patente a preclusão lógica.

Por outro lado, embora na fundamentação do pleito revisional a insurgência esteja limitada à alegação das supostas nulidades já afastadas acima, cumpre destacar, *ad cautelam*, que a autoria e a materialidade estão suficientemente comprovadas, tal como já decidido no acórdão combatido (fls. 396/401):

> "*A materialidade delitiva veio comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 07/08 e pelo minucioso laudo pericial de fls. 37/45, que constatou as adulterações nos sinais identificadores do automóvel.*
>
> "*A autoria é também inquestionável.*
>
> "*Tanto na fase policial quanto em Juízo, o apelante negou os fatos a ele imputados. Disse que tomou o automóvel emprestado de um amigo de nome Renato Alonso, permanecendo na posse do veículo por cerca de dois a três meses até a apreensão. Disse que não realizou conserto algum, alegando que seu amigo Renato adquirira o automóvel de Fabrício.*
>
> "*Sua frágil versão, contudo, foi cabalmente infirmada pela farta prova produzida nos autos.*
>
> "*Antonio Sérgio de Oliveira, proprietário do estacionamento em que foi deixado o automóvel pelo primeiro proprietário, Fabrício, esclareceu que em algumas oportunidades o apelante compareceu ao local, dizendo que estava comprando o veículo, mas ainda não havia fechado o negócio. Decorrido certo tempo, um guincho foi ao estacionamento e retirou o automóvel, com anuência de Fabrício. Posteriormente, ouviu dizer que o recorrente foi preso na posse da Saveiro.*
>
> "*[...] A versão apresentada pelo recorrente e por Fabrício, porém, cai por terra quando contrastadas as anunciadas datas da suposta*

Acesso ao Sumário

compra de Renato e do empréstimo deste a Leônidas com a data do óbito de Renato.

"*Com efeito, de acordo com a certidão de óbito juntada a fl. 69, Renato Alonso faleceu em 30 de janeiro de 2008. Segundo Fabrício, o acidente ocorreu um mês após a aquisição do automóvel, havida em novembro de 2007, ou seja, em dezembro daquele ano. E a testemunha alega ter vendido o veículo a Renato dois ou três meses após o acidente, ou seja, em fevereiro ou março de 2008, após a morte de Renato. Além disso, o apelante relata ter ficado com o automóvel pelo período de dois a três meses, mas foi abordado na posse do veículo em 4 de fevereiro de 2009, ou seja, mais de um ano após o óbito do suposto comodatário.*

"*Patente, portanto, que o apelante retirou o automóvel do estacionamento e adulterou as diversas peças do veículo, como muito bem comprovado pelo laudo pericial elaborado, não havendo falar, portanto, em absolvição.*"

Portanto, o aresto atacado, longe de afrontar as evidências, veio calcado em dados concretamente trazidos aos autos, os quais foram analisados e valorados pelo órgão julgador, como legitimamente lhe competia.

A condenação, nos exatos termos em que definitivamente proferida, era mesmo de rigor e, quanto à dosimetria penal, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou teratologia, constatando-se que a fixação da reprimenda foi criteriosa e fundamentada. Aliás, este aspecto nem sequer é questionado nas razões do pleito revisional.

Por fim, anote-se que devem ser respeitados os limites estreitos desta ação originária, prevista apenas para aquelas hipóteses excepcionais em que há evidente erro judiciário. Caso contrário, restaria descaracterizada a própria natureza da medida judicial em tela. Não se pode pretender que a revisão criminal faça as vezes de uma segunda apelação ou de novo recurso, com o mero fim de se rediscutir, em detrimento da segurança jurídica, a matéria já exaustivamente analisada.

Nesse mesmo ritmo o posicionamento externado pelo C. STJ:

"*PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. ART. 621, I, DO CPP. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Para que reste caracterizada a hipótese de condenação contrária à evidência dos autos, há de exsurgir da decisão combatida a total ausência de qualquer elemento probatório capaz de sustentar a condenação. Não se pode confundir revisão criminal, que tem requisitos específicos para o seu ajuizamento, com novo recurso de apelação. 2. Tendo o Tribunal do Júri afastado a tese da legítima defesa por cinco votos a dois, não cabe ao Tribunal a quo, em revisão criminal, reconhecer a legítima defesa, uma vez que o objetivo dessa ação é*

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

assegurar a correção de um erro judiciário, o que não ocorre quando sobre a prova haja uma interpretação aceitável e ponderada. 3. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a decisão proferida pelo Tribunal do Júri" (REsp 1022546/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 16/04/2009) *.*

Assim, respeitados a natureza e os lindes da medida revisional prevista no ordenamento jurídico pátrio, estas são as considerações a serem feitas no caso em tela.

Diante do exposto, julgo improcedente a presente ação e indefiro o pedido de revisão criminal, mantendo integralmente o julgado atacado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0119551-23.2013.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é peticionário M.L.O..

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.113)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente), ENCINAS MANFRÉ, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, NEWTON NEVES, GUILHERME DE SOUZA NUCCI e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 7 de agosto de 2014.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. Crime continuado. Conduta de constranger a filha, de onze anos de idade, mediante grave ameaça e violência presumida, a praticar e permitir que com ela fossem praticados atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Condenação a 11 anos e 3 meses de reclusão. Pretendido afastamento da causa de aumento do artigo 226, II, do CP, por não ser o peticionário pai biológico da ofendida. Inadmissibilidade. Paternidade decorrente da "adoção a brasileira". Registro civil da vítima como sua filha. Majorante configurada. Inserção nas hipóteses que denotam ascendência

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

sobre a vítima infante. PENA. Continuidade delitiva. Acréscimo de metade. Abuso sexual praticado em três oportunidades. Manutenção. Pedido indeferido.

VOTO

1. M.L.O. (RG nº (...)) foi denunciado por infração ao artigo 214, c.c. os artigos 224, alínea "a"; 225, § 1º, inciso I; 226, inciso II e 71, *caput* (três vezes), todos do Código Penal, porque, entre o segundo semestre de (...) e o dia (...), data da comunicação dos fatos, na rua (...), Comarca de (...), de forma continuada, constrangeu sua filha J.C.T.S.O., com onze anos de idade, mediante grave ameaça e violência presumida, a praticar e permitir que com ela fossem praticados atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Pela r. sentença de fls. 151/156 (autos em apenso), que julgou procedente a ação penal, acabou condenado, nos termos da denúncia, à pena de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, fixado o regime integralmente fechado e negado o direito de recorrer em liberdade.

A Colenda 14ª Câmara Criminal desta Corte, por unanimidade, em acórdão da lavra do Desembargador Fernando Matallo, deu parcial provimento ao apelo do peticionário tão somente para afastar a integralidade do regime prisional fechado (fls. 210/216 dos autos em apenso).

Transitada em julgado a condenação (certidões de fls. 218 e 247), ingressa o peticionário, assistido pela Defensoria Pública, com pedido revisional pugnando pelo afastamento da causa de aumento do artigo 226, inciso II, do Código Penal, eis que a vítima não é sua filha biológica, embora tenha sido registrada como tal. Pleiteia, ainda, a redução da pena, com incidência da causa de aumento pela continuidade delitiva no patamar mínimo, de 1/6, por terem sido praticadas apenas três infrações no período (fls. 10/12).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Francisco Cembranelli, opinou pelo indeferimento (fls. 14/21).

É o relatório.

2. Inviável a pretensão defensiva.

Na verdade, ao postular o afastamento da causa de aumento do artigo 226, inciso II, do Código Penal, o peticionário invoca e se prende a aspecto formal que não o favorece, pois a norma mencionada prevê maior reprovabilidade da conduta criminosa, dada a sua natureza, quando praticada por quem se vale da ascendência que exerce sobre a vítima infante ou juvenil.

O mencionado artigo estabelece que a pena nos crimes sexuais é aumentada "de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela".

Segundo Guilherme Nucci, em seu “Código Penal Comentado”, “*as hipóteses enumeradas neste inciso dizem respeito à natural autoridade que muitas dessas pessoas podem possuir sobre a parte ofendida. Pais, padrastos ou madrastas, tios, irmãos (mais velhos, na maioria dos casos), tutores, curadores, preceptores (professores) ou empregadores, em regra, têm maior ascendência sobre ela. Merecem pena mais severa*” (13ª edição, 2013, Ed. RT, p. 1003/1004).

Incide o aumento da pena quando aquele que deveria proteger, orientar, educar ou tutelar, valendo-se de sua autoridade – facilitando, assim, a prática criminosa –, submete a vítima infante à violência sexual.

Bem por isso, irretorquível o édito condenatório, confirmado pela 14ª Câmara Criminal e que considerou, acertadamente, o fato de M. e a vítima viverem sob o mesmo teto, figurando ele como seu genitor, conforme consta do assento do registro civil, embora não seja, efetivamente, o pai biológico.

Ao que consta, teria havido, *in casu*, conhecida pelo jargão popular, “adoção à brasileira”, aquela em que o indivíduo, mesmo não sendo o progenitor da criança, registra-a, mediante declaração falsa, como sendo seu pai biológico.

As declarações da genitora, V.T.S.O., desde o boletim de ocorrência de fls. 6/7, já apontam M. como “pai adotivo”, embora a certidão de nascimento reproduzida a fls. 14 traga o peticionário como pai, tendo ele sido, inclusive, o próprio “declarante” do registro da infante.

A qualidade de pai, adotivo ou não, ou mesmo de padrasto é suficiente para legitimar a autoridade natural que o adulto exerce sobre a criança, desgraçadamente vítima do intuito, que se manifesta de modo reprovável, abjeto e hediondo, para satisfazer a própria lascívia.

Enfim, para a configuração da causa de aumento, indiferente a paternidade biológica ou adotiva, ou mesmo a condição de padrasto, a qual, de fato, e não de direito, era o seu papel perante a ofendida, realidade extraída da prova oral produzida.

Em relação à pena concretizada, resultado também da continuidade delitiva, não se verifica injustiça ou erro na dosagem que justifique a redução pretendida.

Considerada a prática do crime em três oportunidades distintas, o acréscimo de metade, devido às circunstâncias dos fatos, mostra-se razoável e necessário à repressão da criminalidade praticada, devendo-se respeitar, na espécie, a subjetividade propiciada pelo tema, não impondo a legislação de regência frações fixas e inflexíveis ao estabelecer o mínimo de 1/6 e o máximo de 2/3 no artigo 71, *caput*, do Código Penal.

O regime prisional, devido ao *quantum* fixado, não poderia ser outro que não o fechado, observando-se, assim, o artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código

Acesso ao Sumário

Penal.

Em suma, há de prevalecer o julgado em todos os seus termos.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, indefiro o pedido revisional.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2019202-41.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SUMARÉ e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUMARÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31201)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 5.534, de 6 de setembro de 2013, do Município de Sumaré – Obrigatoriedade na contratação de Seguro de Responsabilidade Civil para manutenção de caixas eletrônicos em imóveis públicos ou particulares.

A lei municipal que obriga a contratação de seguro por instituições financeiras que mantenham caixas eletrônicos em prédios públicos ou particulares afronta os princípios da separação dos poderes, da

livre iniciativa e da intervenção mínima do Estado. Por outro lado, ao tratar da responsabilidade civil, invade a competência exclusiva da União.

Ação procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça, sob a alegação, em síntese, de que a Lei nº 5.534, de 6 de setembro de 2013, do Município de Sumaré, é totalmente incompatível com o nosso ordenamento jurídico, uma vez que "*A obrigatoriedade de contratação de seguro por instituições financeiras que mantenham caixas eletrônicos e terminais de saques com cartões magnéticos em prédios públicos, instituída pelo ato normativo impugnado, é matéria exclusivamente relacionada à Administração Pública, a cargo do Chefe do Executivo*". "*Não se trata, evidentemente, de atividade sujeita a disciplina legislativa*", pois cabe "*essencialmente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito das condições para uso de bens públicos". "Assim, a lei, ao instituir obrigatoriedade de contratação de seguro para uso de bem público, de um lado, viola o art. 47, II e XIV, no estabelecimento de regras que respeitam à direção da administração e à organização e ao funcionamento do Poder Executivo, matéria essa que é de alçada reservada da Administração, e de outro lado, ela ofende o art. 24, § 2º, 2, na medida em que impõe atribuições ao Poder Executivo*".

Processada sem liminar, já que não existente pedido de providência cautelar de qualquer natureza, o Procurador Geral do Estado deixou de defender o ato normativo impugnado alegando existir envolvimento apenas de interesse local (cf. p. 69/70).

A Câmara Municipal informou que na criação da lei observou-se o regular trâmite legislativo (cf. p. 76/86).

A Prefeita reiterou 'os termos da representação feita pelo Procurador Municipal que deu origem à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.534, de 6 de setembro de 2013' (cf. p. 88/89).

O douto Procurador Geral de Justiça manifestou-se favoravelmente ao julgamento de procedência da ação (cf. p. 91/99).

É o relatório.

A Lei nº 5.534, de 06 de setembro de 2013, do Município de Sumaré, de iniciativa parlamentar, que *Determina que as empresas que exploram atividades de caixas eletrônicos em prédios públicos ou privados, mantenham cobertura de seguro para danos de qualquer espécie, e dá outras providências*, promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal, tem a seguinte redação:

"*Art. 1º – As instituições financeiras que mantêm caixas eletrônicos e*

Acesso ao Sumário

terminais de saque com cartões magnéticos em prédios públicos ou particulares, localizados no Município de Sumaré, ficam obrigadas a contratar e manter seguro que cobrirão prejuízos advindos à pessoa física ou jurídica, responsável pela autorização do uso do espaço, oriundos de qualquer prática criminosa.

Art. 2º – os danos cobertos pelo seguro serão aqueles advindos ao prédio, os decorrentes de perda de mercadorias e reembolso de indenizações que o segurado venha a ser obrigado a pagar em consequência de lesões corporais, danos morais ou danos materiais causados aos usuários dos terminais e qualquer outra espécies de prejuízo provocado pelo evento criminoso.

Art. 3º – O valor do capital segurado será estipulado entre a instituição financeira ou empresa que explore o serviço e a pessoa responsável pela autorização do uso do espaço.

Art. 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Examinando essas disposições, o ilustre Subprocurador Geral de Justiça Nilo Spinola Salgado Filho, com acuidade e precisão chegou à conclusão de que a legislação padece do vício da inconstitucionalidade, principalmente porque afronta o princípio da separação dos poderes, previsto na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, "a" e 144), uma vez que:

"*A obrigatoriedade de contratação de seguro por instituições financeiras que mantenham caixas eletrônicos e terminais de saques com cartões magnéticos em prédios públicos, instituída pelo ato normativo impugnado, é matéria exclusivamente relacionada à Administração Pública, a cargo do Chefe do Executivo*";

"*Trata-se de atividade nitidamente administrativa, representativa de atos de gestão, de escolha política para a satisfação das necessidades essenciais coletivas, vinculadas aos Direitos Fundamentais. Assim, privativa do Poder Executivo e inserida na esfera do poder discricionário da administração*";

(...)

"*O ato normativo impugnado, quando impõe obrigatoriedade de contratação de seguro pelas instituições financeiras que mantenham caixas eletrônicos e terminais de saques com cartões magnéticos em prédios particulares, suplanta os limites da autonomia municipal radicados nos incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, invadindo a competência legislativa da União, por disciplinar matéria de direito civil e comercial (art. 22, I da Constituição Federal)*".

A obrigação pela reparação de danos decorrentes de ações criminosas às instalações e usuários de caixas eletrônicos não é matéria de predominante interesse local.

A responsabilidade civil, regras relativas ao direito das obrigações e ao exercício de atividade empresarial são matérias de direito civil e comercial, não

Acesso ao Sumário

podendo ser disciplinadas por lei municipal.

Ao obrigar a contratação de seguro pelas instituições financeiras, o legislador municipal, a pretexto de criar direito local, invadiu a competência do legislador federal, tratando de Direito Civil e Comercial.

De outro lado, não se mostra legítimo, em perspectiva constitucional, que a lei restrinja, indevidamente, o exercício do direito de propriedade, impedindo que o seu titular, relativamente ao imóvel, exerça, com liberdade e de forma adequada, todas as faculdades que o domínio lhe assegura.

A obrigatoriedade de contratação de seguro imposta pela lei municipal às instituições financeiras pelo uso de prédios privados viola o princípio da autonomia da vontade, que constitui um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos, especialmente, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado.

Também é inegável que as instituições financeiras, às quais a lei se refere, exercem atividade comercial e econômica estando sujeitas em sua atividade a regulamentação da União.

Dito de outro modo, ao limitar a legítima exploração de aspectos inerentes ao exercício da atividade econômica, deixou o legislador municipal de observar referidos princípios constitucionais.

Danos decorrentes de ações criminosas em locais onde se encontram instalados caixas eletrônicos e terminais de saque, são eventos futuros e incertos, cuja responsabilidade não pode ser imputada por lei municipal à instituição financeira.

Cumpre recordar que o art. 144 da Constituição do Estado determina que "Os municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

O ato normativo, ao obrigar a contratação de seguro pelas instituições financeiras para cobertura de eventuais danos a prédios privados ou a usuários atingidos materialmente ou moralmente por ações criminosas, regulou indevidamente atividade comercial e matéria do direito das obrigações, invadindo esfera da competência privativa da União.

Se o município tem autonomia para disciplina da polícia do comércio, não pode exercê-la para além dos limites daquilo que consubstancie a predominância do interesse local. Neste sentido já se decidiu que:

"*(...) 2. A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria*

Acesso ao Sumário

Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. (...)" (RT 851/128).

Acresce considerar que a obrigatoriedade de contratação de seguro afronta também a regra contida no artigo 174 da Constituição Federal, segundo a qual a intervenção estatal para casos como o presente deve ocorrer na condição de agente fiscalizador, incentivador e planejador, ou seja, em caráter meramente indicativo para o setor privado.

Esse "caráter indicativo", portanto, implica atuação sutil por parte do Estado, na qual não se delimita regras ou privações às relações privadas.

Neste sentido, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que "*Em razão do modelo econômico adotado pela CF, cabe ao Estado exercer sua política de controle e fiscalização, com o limite de intervenção mínima, o que significa tomar medidas razoáveis e proporcionais, sempre no sentido de preservar o direito de propriedade, a livre iniciativa e a atividade econômica. Caso haja mais de um caminho legítimo para que o Estado possa exercer sua atividade controladora e reguladora, deve necessariamente optar pela via menos gravosa para a atividade econômica. Incide, também nas questões relativas à ordem econômica, a máxima da proibição de excesso*" (Constituição Federal Comentada e legislação constitucional, 3ª ed., Revista dos Tribunais, p. 794/795).

Sobre o tema, em julgamento de situação assemelhada, veiculada no Recurso Extraordinário nº 313.060-9/SP, julgada em 29 de novembro de 2005, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, anotou:

"*O Município de São Paulo, ao editar as Leis 10.927/91 e 11.362/93, que instituíram a obrigatoriedade, no âmbito daquele Município, de cobertura de seguro contra furto e roubo de automóveis, para as empresas que operam área ou local destinado a estacionamentos, com número de vagas superior a cinquenta veículos, ou que deles disponham, invadiu a competência para legislar sobre seguro, que é privativa da União, como dispõe o art. 22, VII, da Constituição Federal.*

A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios".

Por isso, o Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 2.327/SP, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes e julgada em 08/05/2003, consignou:

"*... a atuação normativa e reguladora do Estado na atividade econômica, pelo que dispõe a própria Carta da República, é de simples planejamento. Não há vinculação absoluta, a não ser quanto ao setor público*".

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, julga-se procedente a ação declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.534, de 6 de setembro de 2013, da Municipalidade de Sumaré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2030025-74.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CANANEIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CANANEIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.511)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, LUIS SOARES DE MELLO, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE E XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

ANTONIO LUIZ PIRES NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 89, incisos I, II e III e art. 91, incisos V, VI e VII, ambos da Lei nº 2.146, de 28 de maio de 2012, do Município de Cananeia, que institui o Plano Diretor Participativo, define princípios, objetivos, estratégias e instrumentos para realização das ações de planejamento naquele Município. Dispositivos que permitem a regularização de assentamentos já existentes em áreas "non edificandi" ao longo de corpos d'água, quando não houver a possibilidade de relocação da população para

outra área, possibilitando, ainda, que Zonas Especiais de interesse turístico abriguem ainda que em área de proteção ambiental, empreendimentos: a) turísticos, consolidando os já instalados e em funcionamento na data da aprovação da referida lei; b) residenciais de baixa densidade de caráter de veraneio e c) autossuficientes do ponto de vista de estrutura e serviços urbanos. INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA ÀS DISPOSIÇÕES DOS ARTIGOS 180, 192, 196, 197, 198 E 213 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. Reconhecimento. Se existe legislação federal restringindo a ocupação de área de preservação ambiental, com apoio na Constituição Federal, não poderia uma norma infraconstitucional reduzir essa limitação, permitindo ou possibilitando a regularização da ocupação ilícita, sem atendimento das exigências legais e constitucionais, a pretexto de promover a função social da propriedade. Inconstitucionalidade manifesta. Ação procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo *PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, com pedido de liminar, tendo por objeto o art. 89, incisos I, II e III e art. 91, incisos V, VI e VII, ambos da Lei nº 2.146, de 28 de maio de 2012, do município de Cananeia, que institui o Plano Diretor Participativo, define princípios, objetivos, estratégias e instrumentos para a realização das ações de planejamento naquele Município. O autor alega que os dispositivos impugnados "*permitem a regularização de assentamentos já existentes em áreas* '*non edificandi*' *ao longo de corpos d'água, quando não houver a possibilidade de relocação da população residente para outra área, desde que cumpridos os requisitos dos incisos I, II e III, do art. 89. Entretanto, embora seja previsto no inciso III como requisito para a regularização que a presença do assentamento não acarrete danos ambientais, os incisos anteriores, I e II, preveem a necessidade de drenagem e urbanização, intervenções estas que evidentemente são intrinsecamente incompatíveis com a flora, fauna, cursos hídricos e regimes de água, ou seja, ocasionam dano ambiental ao sistema de proteção das áreas de preservação permanente e/ou várzeas. Possibilitam, ainda, que Zonas Especiais de interesse turístico abriguem ainda que em área de proteção ambiental, empreendimentos: a) turísticos, consolidando os já instalados e em funcionamento na data da aprovação da referida lei; b) residenciais de baixa densidade de caráter de*

Acesso ao Sumário

veraneio e c) autossuficientes do ponto de vista de estrutura e serviços urbanos".

Deferida a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados (fls. 548/549), o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Cananeia foram notificados (fls. 560 e 562), mas, não se manifestaram nos autos.

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 564/565) e apresentou manifestação a fls. 567/569, alegando que os dispositivos da lei impugnada versam sobre matéria exclusivamente local, motivo por que não tem interesse na causa.

É o relatório.

Os dispositivos acoimados de inconstitucionais são aqueles constantes do documento de fls. 27/137, mais especificamente a fls. 73/74, ou seja, art. 89, incisos I, II e III, e art. 91, incisos V, VI e VII, ambos da Lei nº 2.146, de 28 de maio de 2012, que "*institui o Plano Diretor Participativo, define princípios, objetivos, estratégias e instrumentos da Estância de Cananeia*", e que estão redigidos da seguinte forma:

"Art. 89. No caso de assentamentos já existentes até a publicação desta Lei, em áreas non aedificandi ao longo de corpos d'água, quando não houver a possibilidade de relocação da população residente para outra área, será admitida a regularização desde que:

I – sejam realizadas obras para adequação do sistema de drenagem;

II – seja atestado por meio de Laudo Técnico que o assentamento e as áreas a montante e a jusante não sejam prejudicadas por inundações, alagamentos ou enchentes após a urbanização;

III – a presença do assentamento não acarrete danos ambientais.

(...)

Art. 91. São objetivos das Zonais Especiais de interesse turístico:

(...)

V – abrigar empreendimentos turísticos, consolidando os já instalados e em funcionamento na data da aprovação da presente lei, ainda que em áreas de preservação ambiental;

VI – abrigar empreendimentos residenciais de baixa densidade de caráter de veraneio;

VII – abrigar empreendimentos autossuficientes do ponto de vista de infraestrutura, equipamentos e serviços urbanos".

O primeiro desses dispositivos (art. 89) permite a regularização de assentamentos clandestinos em área protegida, ou seja, retira a proteção ambiental conferida às áreas de preservação permanente, sem prévia licença ambiental ou autorização dos órgãos competentes e independentemente do preenchimento de outras exigências previstas na Constituição Estadual (estudos

Acesso ao Sumário

prévios de impacto ambiental e de proteção da quantidade e da qualidade da água) e na legislação federal, como, por exemplo, no Código Florestal e na Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, daí a caracterização de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, por ofensa às disposições dos artigos 197, 198 e 213, todos da Constituição Paulista:

"Art. 197 – São áreas de proteção permanente:

I – os manguezais;

II – as nascentes, os mananciais e matas ciliares;

III – as áreas que abriguem exemplares raros da fauna e da flora, bem como aquelas que sirvam como local de pouso ou reprodução de migratórios;

IV – as áreas estuarinas;

V – as paisagens notáveis;

VI – as cavidades naturais subterrâneas.

Art. 198 – O Estado estabelecerá, mediante lei, os espaços definidos no inciso V do artigo anterior, a serem implantados como especialmente protegidos, bem como as restrições ao uso e ocupação desses espaços, considerando os seguintes princípios:

I – preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas;

II – proteção do processo evolutivo das espécies;

III – preservação e proteção dos recursos naturais.

(...)

Art. 213 – A proteção da quantidade e da qualidade das águas será obrigatoriamente levada em conta quando da elaboração de normas legais relativas a florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e demais recursos naturais e ao meio ambiente".

Ademais, como foi bem mencionado na petição inicial, "*embora o inciso III do art. 89 preveja como requisito para a regularização que a presença do assentamento não acarrete danos ambientais, os incisos anteriores, I e II, preveem a necessidade de drenagem e urbanização, intervenções estas que evidentemente são intrinsecamente incompatíveis com preservação da flora, fauna, cursos hídricos e regimes de águas, ou seja, ocasionam dano ambiental ao sistema de proteção das áreas de preservação permanente e/ou várzeas*" (fl. 10), o que evidencia a existência do vício de inconstitucionalidade, por ofensa (também) às disposições do art. 180, inciso III, da Constituição Estadual:

"*Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:*

(...)

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural".

Nessa linha e de acordo com o art. 225 da Constituição Federal, "*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*".

E para conferir efetividade a essa proteção constitucional, a Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, na parte que interessa ao desfecho da presente ação, dispôs da seguinte forma:

Art. 65. Na regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

§ 1º O processo de regularização ambiental, para fins de prévia autorização pelo órgão ambiental competente, deverá ser instruído com os seguintes elementos:

I – a caracterização físico-ambiental, social, cultural e econômica da área;

II – a identificação dos recursos ambientais, dos passivos e fragilidades ambientais e das restrições e potencialidades da área;

Evidentemente, se existe legislação federal restringindo a ocupação de área de preservação ambiental, com apoio na Constituição Federal, não poderia uma norma infraconstitucional reduzir essa limitação, permitindo ou possibilitando a regularização da ocupação ilícita, sem atendimento das exigências legais e constitucionais, a pretexto de promover a função social da propriedade.

Conforme lição de Vladimir Passos de Freitas, "*a legislação municipal que regula o uso do solo urbano deve, da mesma forma, ater-se às prescrições gerais da União, na esfera de sua competência. Por exemplo, se norma geral da União, como é o caso do Código Florestal, disciplina determinada matéria, não pode o Município, alegando autonomia, legislar diminuindo a restrição geral. Pode até criar novas restrições na proteção do meio ambiente, porém não afastar as existentes na lei geral*" (Vladimir Passos de Freitas, "A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais". 2ª ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 70).

Com relação ao artigo 91, incisos V, VI e VII, da lei impugnada, a inconstitucionalidade também é manifesta, porque esses dispositivos, ao permitirem a regularização e instalação de empreendimentos (turísticos,

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

residenciais de baixa densidade e autossuficientes) "*ainda que em áreas de proteção ambiental*", abrem espaço para utilização de área protegida, de forma aleatória e sem realização de estudos técnicos, em evidente afronta às disposições do art. 192, § 2º, e art. 196, ambos da Constituição Estadual[1], lembrando-se que a legislação federal somente permite a utilização de área de preservação permanente nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas em lei.

Anota-se, para constar, que esse dispositivo impugnado (o art. 91) foi incluído no texto da lei impugnada por meio de emenda parlamentar aditiva e o mencionado vício de inconstitucionalidade já havia sido observado pelo Prefeito Municipal de Cananeia por ocasião de sua mensagem de veto à mencionada emenda, nos seguintes termos:

> "*... A Constituição resguardou a superlativa competência da União e preveniu para que as normas gerais por elas postas e disciplinadas em termos de parâmetros constitucionais não ficassem arranhadas ou fossem invadidas pelas legislações concorrentes dos Estados e dos Municípios. Impende destacar que toda esta situação pode sujeitar a própria municipalidade a responsabilidades, uma vez que é seu dever aprovar e licenciar, e posteriormente fiscalizar os empreendimentos e construções consideradas potencialmente nocivas e impactantes ao meio ambiente no trato de questões de interesse local. Não custa lembrar que as condutas omissivas do Município podem gerar responsabilidades de ordem civil e penal, ainda que a conduta comissiva maior seja praticada exclusivamente pelo empreendedor/construtor/proprietário.*
>
> *Nosso município tem sido cobrado constantemente, pelos diversos órgãos incumbidos de zelar pela proteção e recuperação ambiental, uma política de meio ambiente que vise à proteção, à recuperação ambiental além do fretamento de construções irregulares que degradam o meio*

---

1 ***Art. 192 – A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.***

§ 1º – A outorga de licença ambiental, por órgão, ou entidade governamental competente, integrante de sistema unificado para esse efeito, será feita com observância dos critérios gerais fixados em lei, além de normas e padrões estabelecidos pelo Poder Público e em conformidade com o planejamento e zoneamento ambientais.

§ 2º – A licença ambiental, renovável na forma da lei, para a execução e exploração mencionados no "caput" deste artigo, quando potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, será sempre precedida, conforme critérios que a legislação especificar, da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará prévia publicidade, garantida a realização de audiências públicas.

Art. 196 – A Mata Atlântica, a Serra do Mar, a Zona Costeira, o Complexo Estuarino Lagunar entre Iguape e Cananeia, os Vales dos Rios Paraíba, Ribeira, Tietê e Paranapanema e as unidades de conservação do Estado, são espaços territoriais especialmente protegidos e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dependendo de prévia autorização e dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente.

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

ambiente, por isso a importância e necessidade de serem mantidos os textos originais dos incisos mencionados, pois é uma das principais diretrizes que nortearão o município em relação a construções futuras e a preservação do meio ambiente para as futuras gerações. A conservação e recuperação contribuem para a qualidade de vida, sendo importantes para evitar a ocupação em áreas de alta vulnerabilidade geológica e hidrológica".

Por tudo quanto foi exposto acima, é patente o vício de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o que, portanto, deve ser reconhecido e declarado não apenas com base nos fundamentos acima mencionados, mas, também, com apoio no princípio da precaução, que "*é um dos mais promissores do Direito Ambiental e funciona como uma espécie do princípio 'in dubio pro ambiente'* "(CANOTILHO, JJ. Gomes, Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. *In* CANOTILHO, J.J. Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs). Direito Constitucional Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41/66).

Conforme lição de Paulo Affonso Leme Machado, o princípio da precaução "*não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro*" *("Direito Ambiental Brasileiro", 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 56)*.

Pelo exposto e em suma, JULGA-SE PROCEDENTE a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 89, incisos I, II e III e do art. 91, incisos V, VI e VII, ambos da Lei nº 2.146, de 28 de maio de 2012, do Município de Cananeia, com efeito "*ex tunc*", oficiando-se à respectiva Câmara Municipal para as providências cabíveis, tudo nos termos do Acórdão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0199748-62.2013.8.26.0000/50000 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0199748-62.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. RENATO NALINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº**

18.826)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente) (com declaração), LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, MOACIR PERES, FRANCISCO CASCONI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 4 de junho de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Estadual nº 14.982, de 8 de abril de 2013, que alterou os limites da Estação Ecológica da Jureia-Itatins e instituiu o Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins – Inocorrência da alardeada violação ao princípio da proibição do retrocesso ambiental com a transformação de parte daquela antiga Estação Ecológica nas Reservas de Desenvolvimento Sustentável da Barra do Una e do Despraiado – Área de proteção integral que teve substancial incremento com a anexação da Estação Banhados do Iguape, instituída já como parte do projeto de criação do mosaico, a partir da vigência da legislação federal que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei Federal nº 9.985/2000) – Presença de comunidades tradicionais, objeto de especial proteção do Estado, na área da antiga Estação Ecológica, por outro lado, que demandava a adoção de providências da Administração, com vistas a compatibilizar a preservação do meio ambiente com a proteção às tradições e culturas locais – Alteração da classificação que, de qualquer modo, não importou em autorização para degradação ambiental, pois mantida a característica de unidade de conservação da área, em relação à qual a população nativa tem obrigação na conservação e proteção, por expressa imposição

Acesso ao Sumário

legal (v. art. 23 da Lei Federal nº 9.985/2000) – Estudo de Impacto Ambiental e respectivo relatório que, de resto, não era exigível na espécie, porquanto a criação de área de preservação ambiental, ainda que com a alteração da classificação de parte dela, não pode ser considerada como atividade potencial de degradação, nos termos do art. 192, § 2º, da CE – Realização do "Estudo Técnico para Recategorização de Unidades de Conservação e Criação do Mosaico UCs Jureia-Itatins", nesse passo, que se mostrou suficiente e adequado para evidenciar a situação e consequências da medida prevista na legislação – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente, prejudicado o exame do agravo interno.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei Estadual nº 14.982, de 8 de abril de 2013, que introduziu alterações nos limites e contornos da Estação Ecológica Jureia-Itatins.

Alega o autor, em apertada síntese, que: a legislação atacada, que praticamente reproduziu a redação da Lei Estadual nº 12.406/2006, declarada inconstitucional, por vício de iniciativa, nos autos da ADI nº 153.336-0/5-00, transformou a Estação Ecológica Jureia-Itatins, criada pela Lei Estadual nº 5.649/1987, considerada Unidade de Proteção Integral, nos termos dos arts. 7º, inciso I, e 8º, inciso I, da Lei nº 9.985/2000, em várias outras unidades que passaram a compor o chamado Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins, constituído por Estação Ecológica da Jureia-Itatins, Parque Estadual do Itinguçu (art. 1º, inciso I, da Lei Estadual nº 14.982/2013), Parque Estadual do Prelado (art. 1º, inciso II), Reserva de Desenvolvimento Sustentável – RDS da Barra do Una (art. 1º, inciso III), Reserva de Desenvolvimento Sustentável – RDS do Despraiado (art. 1º, inciso IV) e Refúgio Estadual de Vida Silvestre das Ilhas do Abrigo (ou Guaraú) e Guararitama (art. 10), ficando excluída dessa unidade de conservação uma área de 237 ha (duzentos e trinta e sete hectares), situada ao norte, no Município de Miracatu, denominada Área de Exclusão (art. 2º); todavia, tal ato normativo é inconstitucional, por ter sido produzido sem o imprescindível Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental e por violação do princípio da proibição do retrocesso ambiental, pois rebaixou a proteção jurídica conferida ao meio ambiente no local, abrindo espaços à sua destruição; a Estação Ecológica Jureia-Itatins era originariamente composta de uma área total de 79.270 hectares, classificada como Unidade de Conservação

Acesso ao Sumário

Tipo Proteção Integral, admitido o uso indireto de seus recursos naturais apenas para os fins da preservação da natureza, da realização de pesquisas científicas e visitação pública com finalidade educacional, de acordo com o Plano de Manejo específico, nos termos dos arts. 7º, inciso I, § 1º, 8º, inciso I e 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC); foi reconhecida pela UNESCO como *Sítio do Patrimônio Mundial Natural* e, por se tratar de **unidade de proteção integral**, são permitidas alterações do ecossistema local somente no caso de restauração ambiental, manejo florestal para preservação da biodiversidade, coleta de materiais com finalidades científicas e pesquisas científicas (art. 9º, § 4º, I, II, III e IV, da Lei nº 9.985/2000) ou, ainda, a transformação parcial ou total das unidades de conservação do grupo de Uso Sustentável em unidades do grupo de Proteção Integral (art. 22, § 5º); não há, portanto, possibilidade de transformação de Unidade de Conservação de Proteção Integral, caso da Estação Ecológica Jureia-Itatins, em nenhum tipo de Unidade de Conservação de Uso Sustentável, como previsto no art. 1º, incisos II, III e IV, da Lei Estadual nº 14.982/2013, cuidando-se de vedação que decorre do princípio da proibição do retrocesso ambiental, o qual, por sua vez, advém dos princípios constitucionais do Estado Democrático e Social de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficiência e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial; não incide na seara ambiental o princípio da mutabilidade do direito, não bastando a mera manutenção ou conservação do meio ambiente, pois os arts. 191 e 193 da Constituição Estadual expressamente obrigam a adoção de medidas voltadas à "melhoria do meio ambiente natural", mediante o uso de um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais; o rebaixamento da proteção anteriormente concedida à área originária da Estação Ecológica da Jureia-Itatins pela Lei Estadual nº 5.649/87 e pela Lei Federal nº 9.985/2000 ignora tais preceitos constitucionais, não criando novas unidades de conservação, mas apenas retirando do âmbito da proteção integral áreas nas quais passou a ser admitida a permanência de pessoas que já deveriam estar reassentadas há muito tempo, permitindo a recuperação da Mata Atlântica, considerada Patrimônio Nacional por expressa definição do art. 225, § 4º, da Constituição Federal; de qualquer modo, o ato normativo questionado, ao fracionar a Estação Ecológica Jureia-Itatins em outras unidades de conservação de menor proteção, reclamava a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA), nos termos do art. 192, § 2º, da Constituição Estadual; tal providência não foi suprida com a mera realização do *Estudo Técnico para Recategorização de Unidades de Conservação e Criação do Mosaico UCs Jureia-Itatins*, trabalho que, ainda que tenha procurado atender

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

aos requisitos previstos nos arts. 5º e 60 da Resolução CONAMA nº 01/86, não se equipara ao EIA-RIMA, mesmo porque não submetido à publicidade e audiências públicas, conforme exigências da Carta Estadual.

Deferida a medida liminar postulada, para o fim de suspender a eficácia da legislação impugnada na ação (v. fls. 34/36), contra essa decisão o Estado de São Paulo interpôs agravo interno (v. fls. 46/81 e documentos de fls. 85/661).

A Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda (v. fl. 44), manifestando-se pela sua improcedência (v. fls. 669/691).

O Governador do Estado de São Paulo e a Presidência da Assembleia Legislativa prestaram as informações solicitadas, defendendo a constitucionalidade do ato normativo impugnado (v. fls. 694/695, 721/744 e documentos de fls. 745/755).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição do agravo (v. fls. 757/775).

É o relatório.

Cumpre, de início, afastar a preliminar de carência da ação, suscitada pela Presidência da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

A presente ação direta de inconstitucionalidade escora-se, precipuamente, em suposta incompatibilidade vertical da Lei Estadual nº 14.982/2013 com os comandos contidos nos arts. 191, 192, 193 e 196, todos da Constituição do Estado de São Paulo, cujas normas foram expressamente reproduzidas na exordial, não se tratando, portanto, de alegação de mera ofensa reflexa àqueles dispositivos constitucionais.

No mérito, contudo, a ação não comporta acolhida.

O presente controle abstrato de constitucionalidade volta-se contra parte dos dispositivos da Lei Estadual nº 14.982, de 8 de abril de 2013, abaixo reproduzidos, que dispõem, *in verbis*:

> “Artigo 1º – Ficam excluídas dos limites da Estação Ecológica da Jureia-Itatins, criada pelo Decreto nº 24.646, de 20 de janeiro de 1986, e pela Lei nº 5.649, de 28 de abril de 1987, e reclassificadas na seguinte conformidade, as áreas abaixo elencadas:
>
> I – as conhecidas por Morro do Itu, Parnapuã (também conhecida como Praia Brava), Guarauzinho, Barro Branco, Tetequera, estas situadas no Município de Peruíbe, e Itinguçu e Itinguinha, situadas no Município de Iguape, cujas áreas passam a constituir uma nova unidade de conservação, que fica reclassificada como Parque Estadual, passando a denominar-se Parque Estadual do Itinguçu, com área de 5.040 ha (cinco mil e quarenta hectares), cujo mapa e limites seguem descritos na Gleba nº 1.1 do Anexo I;

Acesso ao Sumário

II – a conhecida por Prelado, situada junto à praia da Jureia, no Município de Iguape, que passa a constituir uma nova unidade de conservação, ficando reclassificada como Parque Estadual, passando a denominar-se Parque Estadual do Prelado, com área de 1.828 ha (mil oitocentos e vinte e oito hectares), cujo mapa e limites seguem descritos na Gleba nº 1.2 do Anexo I;

III – a conhecida por Vila da Barra do Una e parte do Rio Una, situada nos Municípios de Peruíbe e Iguape, que passa a constituir uma nova unidade de conservação, ficando reclassificada como Reserva de Desenvolvimento Sustentável – RDS, passando a denominar-se Reserva de Desenvolvimento Sustentável da Barra do Una, com área de 1.487 ha (mil quatrocentos e oitenta e sete hectares), cujo mapa e limites seguem descritos na Gleba nº 1.3 do Anexo I;

IV – a conhecida por Despraiado, situada no Município de Iguape, que passa a constituir uma nova unidade de conservação, ficando reclassificada como Reserva de Desenvolvimento Sustentável – RDS, passando a denominar-se Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Despraiado, com área de 3.953 ha (três mil, novecentos e cinquenta e três hectares), cujo mapa e limites seguem descritos na Gleba nº 1.4 do Anexo I.

Parágrafo único – As áreas denominadas Itinguçu e Barro Branco, referidas no inciso I deste artigo e integrantes do Parque Estadual do Itinguçu, passam a constituir ‘zonas especiais de interesse ecoturístico’, cujos trabalhos e atividades nelas desenvolvidos serão desempenhados prioritariamente por moradores tradicionais residentes no Mosaico de Unidades de Conservação, instituído pelo artigo 11 desta lei.

Artigo 2º – Fica excluída dos limites da Estação Ecológica da Jureia-Itatins a área situada ao norte da unidade de conservação, localizada no Município de Miracatu, com área de 237 ha (duzentos e trinta e sete hectares), cujo mapa e limites seguem descritos na Gleba nº 1.7 do Anexo I, ora denominada Área de Exclusão.

Artigo 3º – (...)[1]

Parágrafo único – A nova configuração da Estação Ecológica da Jureia-Itatins, considerando as áreas excluídas referidas nos artigos 1º e 2º desta lei, assim como as incorporadas referidas no ‘caput’ deste artigo, passa a ter a área de 84.425 ha (oitenta e quatro mil, quatrocentos e vinte

1 “Art. 3º – Passam a incorporar os limites da Estação Ecológica da Jureia-Itatins as áreas dos denominados Banhado Pequeno e Banhado Grande, que compõem a atual Estação Ecológica dos Banhados de Iguape, criada pelo Decreto nº 50.664, de 30 de março de 2006, com 14.428 ha (quatorze mil, quatrocentos e vinte e oito hectares) e com 2.136 ha (dois mil, cento e trinta e seis hectares), respectivamente, cujas áreas, mapas e limites seguem descritos no Anexo II, bem como a área denominada Colinas Verdes, com 742 ha (setecentos e quarenta e dois hectares), cujo mapa e limites seguem descritos na Gleba nº 1.6 do Anexo I”.

e cinco hectares), cujos mapas e seus limites seguem descritos nas Glebas nº 1.5 e nº 1.6 do Anexo I.

Artigo 4º – Os Planos de Manejo das Reservas de Desenvolvimento Sustentável do Despraiado e da Barra do Una atenderão aos requisitos do artigo 27 e parágrafos da Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, garantida a participação das populações tradicionais de cada área e dos organismos de representação dos moradores da Jureia, nos termos do artigo 17 do Decreto Federal nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, de forma a garantir a sustentabilidade do modo de vida das populações residentes, levando em consideração suas condições e necessidades.

Artigo 5º – As Reservas de Desenvolvimento Sustentável do Despraiado e da Barra do Una são áreas de domínio público, cuja posse e uso serão regulados por contratos de concessão de direito real de uso e termos de compromisso, firmados entre o Estado e os ocupantes, nos termos do artigo 23 e parágrafos da Lei Federal nº 9.985, de 2000, e artigo 13 do Decreto Federal nº 4.340, de 2002.

Artigo 6º – Às comunidades tradicionais da Estação Ecológica da Jureia-Itatins e dos Parques Estaduais do Itinguçu e do Prelado, a Fazenda Pública Estadual outorgará Termo de Permissão de Uso, de acordo com Plano de Manejo e Termo de Compromisso e Responsabilidade a ser firmado entre essas comunidades tradicionais e o Órgão Gestor da Unidade.

Parágrafo único – Será considerada comunidade tradicional a população que viva em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental.

Artigo 7º – Para efeito do disposto no artigo anterior desta lei, os Termos de Permissão de Uso não excederão a área de 10 ha (dez hectares), e seus ocupantes deverão preencher os seguintes requisitos mínimos:

I – estarem incluídos no cadastro de moradores previsto no artigo 1º do Decreto nº 32.412, de 1º de outubro de 1990, ou serem deles descendentes;

II – terem morada habitual na área, ou nela manterem ocupação efetiva;

III – dedicarem-se à cultura de subsistência, prestação de serviços ou outras atividades previstas no Plano de Manejo da respectiva unidade de conservação.

§ 1º – Aos ocupantes, moradores das áreas incorporadas à Estação Ecológica da Jureia-Itatins pelo artigo 3º desta lei, poderão ser outorgados

Acesso ao Sumário

Termos de Permissão de Uso, a título precário, de que trata seu artigo 6º, desde que comprovem posse na área pelo período mínimo de 12 (doze) anos anteriores à data de sua promulgação, sem prejuízo do cumprimento dos requisitos estabelecidos no ‘caput’ deste artigo e em seus incisos II e III.

§ 2º – Os Termos de Permissão de Uso referidos no artigo 6º desta lei deverão conter as seguintes cláusulas obrigatórias, sob condição resolutiva:

1 – de proibição de transferência a qualquer título, no todo ou em parte, da posse da área, exceto a ascendentes, descendentes, cônjuges ou companheiros, na vigência de união estável, observado o disposto nos incisos II e III deste artigo;

2 – observância das restrições da Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012 – ‘Código Florestal’, e demais legislações federais e estaduais relativas ao meio ambiente, bem como as normas do Plano de Manejo da unidade de conservação.

Artigo 8º – Aos ocupantes tradicionais a que se refere o artigo 5º desta lei será concedida a opção de deixarem a área, ficando assegurada pelo Poder Público Estadual a prévia indenização das benfeitorias existentes.

Parágrafo único – A prévia indenização das benfeitorias fica também assegurada aos ocupantes a que se refere o artigo 6º desta lei, em caso de rescisão do Termo de Permissão de Uso outorgado a título precário.

Artigo 9º – A trilha utilizada pelos romeiros do ‘Bom Jesus de Iguape’, também conhecida por ‘Correio’, ‘Trilha’, ‘Caminho do Imperador’ ou ‘Trilha do Telégrafo’, no trecho compreendido entre a Vila da Barra do Una e a Vila do Prelado, passa a ser considerada como ‘área de interesse especial para fins educativos e culturais’, estando sua utilização sujeita ao disposto no Plano de Manejo da Estação Ecológica da Jureia-Itatins.

Artigo 10 (...)[2]

Artigo 11 – Fica instituído o Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins, constituído pela Estação Ecológica da Jureia-Itatins, Parque Estadual do Itinguçu, Parque Estadual do Prelado, Reservas de Desenvolvimento Sustentável – RDS do Despraiado, Reserva de Desenvolvimento Sustentável – RDS da Barra do Una e Refúgio Estadual

2 “Art. 10 – Fica criado o Refúgio Estadual de Vida Silvestre das Ilhas do Abrigo e Guararitama nas áreas das ilhas marítimas do Abrigo (também conhecida como Guaraú) e Guararitama e seu entorno, com área de 481 ha (quatrocentos e oitenta e um hectares) cujos limites estão descritos no Anexo III”.

Acesso ao Sumário

de Vida Silvestre das Ilhas do Abrigo e Guararitama, com área total de 97.213 ha (noventa e sete mil, duzentos e treze hectares), identificado pelo mapa constante do Anexo IV desta lei.

§ 1º – Poderão vir a compor o Mosaico da Jureia-Itatins outras unidades de conservação já existentes, ou que venham a ser criadas, em áreas justapostas ou vizinhas, mediante ato do Poder Executivo, observadas as seguintes condições:

1 – adequação da incorporação da unidade ao Mosaico, comprovada por estudos técnicos do órgão gestor ambiental;

2 – enquadramento das unidades em questão nas categorias de manejo previstas no SNUC;

3 – no caso de unidades de conservação federais, municipais, ou particulares, solicitação de incorporação ao Mosaico, formalizada pelo Órgão Gestor da Unidade a ser incluída ou pelo proprietário de unidade de conservação.

§ 2º - O Mosaico de que trata o 'caput' deste artigo será administrado pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente, que disporá de um conselho com caráter consultivo, nos termos do artigo 9º do Decreto Federal nº 4.340, de 2002, e terá gestão integrada e participativa, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação, de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional, conforme disposto no artigo 26 da Lei Federal nº 9.985, de 2000.

Artigo 12 – Aos ocupantes tradicionais do Mosaico Jureia-Itatins, previsto no artigo 11 desta lei, que preencham o disposto no artigo 7º, será garantido o direito de reassentamento em uma das RDSs do Mosaico mediante prévia aprovação dos Conselhos Deliberativos dessas unidades.

Parágrafo único – Ficam garantidos os acessos às moradias regulares existentes no interior do Mosaico Jureia-Itatins, nos termos desta lei, obedecidas as regras estabelecidas no Plano de Manejo.

Artigo 13 – O Poder Público Estadual providenciará o levantamento e a demarcação dos limites das unidades de conservação componentes do Mosaico Jureia-Itatins, bem como o rol das ocupações individuais, além de plantas e memoriais descritivos, para efeito do disposto nos artigos 5º e 6º desta lei.

Artigo 14 – Os Planos de Manejo das unidades componentes do Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins deverão ser concluídos no prazo de 24 (vinte e quatro) meses após a promulgação desta lei.

Artigo 15 – As atividades previstas nos Planos de Manejo da Estação

Acesso ao Sumário

Ecológica da Jureia-Itatins e dos Parques Estaduais serão desenvolvidas prioritariamente em parceria com as comunidades tradicionais residentes.

Artigo 16 – Passam a compor os territórios da Área de Proteção Ambiental – APA Marinha do Litoral Centro e da Área de Proteção Ambiental – APA Marinha do Litoral Sul, criadas pelos Decretos nº 53.526 e nº 53.527, de 8 de outubro de 2008, as áreas marinhas identificadas, respectivamente, nos itens 5.1 e 5.2 do Anexo V desta lei, com área total de 14.960 ha (quatorze mil, novecentos e sessenta hectares).

Artigo 17 – As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, ficando o Poder Executivo autorizado a promover, se necessário, a abertura de créditos adicionais suplementares.

Artigo 18 (...)[3]

Artigo 19 (...)[4]

Disposições Transitórias

Artigo 1º – (...)[5]

Artigo 2º – (...)[6].

Pois bem.

A Estação Ecológica Jureia-Itatins foi criada pela Lei Estadual nº 5.649, de 28 de abril de 1987, com uma área total de 79.270 ha (setenta e nove mil, duzentos e setenta hectares), com abrangência de terras dos Municípios de Peruíbe e Iguape, na faixa litorânea, e dos Municípios de Miracatu e Itariri, no interior; teve por supedâneo a Lei Federal nº 6.902, de 27 de abril de 1981, à qual fez expressa remissão em seu art. 1º, que dispôs sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, àquela época as duas únicas categorias de unidades de conservação do meio ambiente então previstas.

E tal disciplina atendeu integralmente aos preceitos constitucionais estaduais supervenientes, invocados pelo autor na exordial da ação em causa, inseridos nos arts. 191, 192, *caput* e §§ 1º e 2º, 193, *caput* e incisos III, IX e X, e 196, da Carta Paulista de 1989, *in verbis*:

"Artigo 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a

3 "Art. 18 – O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 (noventa) dias após sua publicação".

4 "Art. 19 – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

5 "Art. 1º – O Poder Público Estadual prosseguirá nos processos de desapropriação das áreas particulares inseridas na Estação Ecológica da Jureia-Itatins, conforme descrita no artigo 2º da Lei nº 5.649, de 28 de abril de 1987, até seu termo".

6 "Art. 2º – As áreas de domínio particular apuradas e inseridas nos perímetros incorporados à Estação Ecológica da Jureia-Itatins nos termos do artigo 3º desta lei serão declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação amigável ou judicial, caso a caso, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 50.664, de 30 de março de 2006".

Jurisprudência - Órgão Esperdcial
Acesso ao Sumário

participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.

Artigo 192 – A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

§ 1º – A outorga de licença ambiental, por órgão ou entidade governamental competente, integrante de sistema unificado para esse efeito, será feita com observância dos critérios gerais fixados em lei, além de normas e padrões estabelecidos pelo Poder Público e em conformidade com o planejamento e zoneamento ambientais.

§ 2º – A licença ambiental, renovável na forma da lei, para a execução e a exploração mencionadas no 'caput' deste artigo, quando potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, será sempre precedida, conforme critérios que a legislação especificar, da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará prévia publicidade, garantida a realização de audiências públicas.

Artigo 193 – O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de:

(...)

III – definir, implantar e administrar espaços territoriais e seus componentes representativos de todos os ecossistemas originais a serem protegidos, sendo a alteração e supressão, incluindo os já existentes, permitidas somente por lei;

(...)

IX – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais das espécies e dos ecossistemas;

X – proteger a flora e a fauna, nesta compreendidos todos os animais silvestres, exóticos e domésticos, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, fiscalizando a extração, produção, criação, métodos de abate, transporte, comercialização e consumo de seus espécimes e subprodutos;

(...)

Artigo 196 – A Mata Atlântica, a Serra do Mar, a Zona Costeira, o Complexo Estuarino Lagunar entre Iguape e Cananeia, os Vales dos Rios

Acesso ao Sumário

Paraíba, Ribeira, Tietê e Paranapanema e as unidades de conservação do Estado, são espaços territoriais especialmente protegidos e sua utilização far-se-á na forma da lei, dependendo de prévia autorização e dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente".

Com a edição da Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, as unidades de conservação passaram a ser divididas em Unidades de Proteção Integral, voltadas primordialmente à preservação da natureza em sua forma original, e Unidades de Uso Sustentável, nas quais é facultada a exploração dos recursos naturais pelo homem, com a observância de regras que impeçam a degradação (v. art. 7º da Lei Federal nº 9.985/2000)[7].

Já com esteio nessa legislação federal superveniente, em 2006, o Estado de São Paulo cuidou de ampliar consideravelmente a área de proteção ambiental na região da Jureia, com a edição do Decreto nº 50.664, de 30 de março de 2006, criando a Estação Ecológica dos Banhados do Iguape, contígua à Estação Ecológica de Jureia-Itatins, com área total de 16.588,64 ha (dezesseis mil, quinhentos e oitenta e oito inteiros e sessenta e quatro centésimos de hectares).

Tal providência já integrava um projeto maior voltado à solução do panorama fático existente na região, destacando-se expressamente nos "considerandos" desse ato normativo "a necessidade de se proporcionar condições para a estruturação de mosaico de ambientes naturais e a preservação do 'continuum' ecológico", prevendo, então, a futura anexação desta estação ecológica a um mosaico de unidades de conservação.

Para dar cumprimento a esse projeto, naquele mesmo ano veio a lume a Lei Estadual nº 12.406, de 12 de dezembro de 2006, cujos termos foram praticamente reproduzidos na Lei Estadual nº 14.982/2013, ora objurgada, que, tal qual esta última, também dispunha sobre a reclassificação de áreas da Estação Ecológica Jureia-Itatins e instituía o Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins.

Esse ato normativo veio a ser declarado inconstitucional por este Colendo Órgão Especial, por acórdão da relatoria do Desembargador Mario Devienne Ferraz, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0002375-33.2007.8.26.0000, reconhecido o vício de iniciativa e o desatendimento à exigência de elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, os quais,

7 "Art. 7º As unidades de conservação integrantes do SNUC dividem-se em dois grupos, com características específicas:

I – Unidades de Proteção Integral;

II – Unidades de Uso Sustentável.

§ 1º. O objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei.

§ 2º. O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais".

Acesso ao Sumário

vieram a ser sanados, dando ensejo à edição da Lei Estadual nº 14.982/2013.

Como se vê, ambas as leis estaduais em apreço representam tentativas de regularizar situação existente na região, mediante a criação de um mosaico de unidades de conservação, dentre as quais se insere a Estação Ecológica Jureia-Itatins, no qual se destacam núcleos residenciais de baixa densidade demográfica, compostos basicamente por comunidades caiçaras e caboclas, descendentes de portugueses, índios e escravos, ali instalados há mais de dois séculos; à evidência, tanto quanto o meio ambiente, tais culturas igualmente demandam proteção, requerendo o estabelecimento de critérios e meios que os permitam permanecer no local, mediante uma exploração sustentável dos recursos naturais existentes e de atividades turísticas.

Não se pode olvidar que os arts. 260 e 262 da Constituição Estadual de São Paulo expressamente assentam que:

"Art. 260 – Constituem patrimônio cultural estadual os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referências à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

(...)

III – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

IV – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

(...)

Art. 262 – O Poder Público incentivará a livre manifestação cultural mediante:

(...)

VI – compromisso do Estado de resguardar e defender a integridade, pluralidade, independência e autenticidade das culturas brasileiras, em seu território".

E, nos termos do que dispõe o art. 20 da Lei Federal nº 9.985/2000:

"Art. 20 A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade ecológica.

§ 1º A Reserva de Desenvolvimento Sustentável tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das

Acesso ao Sumário

populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente, desenvolvido por estas populações".

Forçoso reconhecer, portanto, que foi exatamente esta a preocupação do legislador estadual na edição do ato normativo ora questionado, estabelecendo formas de compatibilizar a proteção ambiental com a manutenção de culturas tradicionais existentes no interior da área do Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins; trata-se, claramente, de providência voltada à preservação do meio ambiente e da natureza, tanto que extraída de legislação federal editada para instituição do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Neste sentido, o "Estudo Técnico para Recategorização de Unidades de Conservação e Criação do Mosaico de UCs Jureia-Itatins" realçou, na justa medida, que:

"**O estabelecimento de duas RDS reparou um erro histórico, posto que as comunidades caiçaras que habitam a área da Estação Ecológica desde antes de sua criação possuem forte vínculo com o território e uma cultura indissociável do ambiente**" (g.n.) (v. fl. 89).

Ainda a propósito, em ofício enviado ao Governador do Estado, propondo a edição da lei em causa, o então Secretário Estadual do Meio Ambiente Bruno Covas destacou, precisamente, que:

"O projeto de lei dá, ao reclassificar as áreas da Estação Ecológica da Juréia-Itatins em um Mosaico de Unidades de Conservação, avanço significativo na conservação da biodiversidade na região permitindo a modernização da sua gestão ambiental.

Vale lembrar que a Estação Ecológica da Juréia-Itatins, criada pelo Governador Franco Montoro, abriga uma das regiões mais belas e de maior concentração de Mata Atlântica e ecossistemas associados como restingas, manguezais, vegetação arbustiva serrana primitivos que se interagem livremente, constituindo uma riqueza biológica excepcionalíssima. Completa esse conjunto excepcional a presença de alguns remanescentes de população tradicional, que é forçoso apoiar.

Ocorre que quando criada essa Estação Ecológica não havia um sistema nacional de unidades de conservação que permitisse o desenvolvimento dessas comunidades tradicionais. Lei nesse sentido foi aprovada apenas no ano de 2000. Também a estonteante beleza desse conjunto nos leva à necessidade de abrir à sua visitação mais intensa, porém controlada, áreas desse conjunto que propomos sejam transformadas em Parques Estaduais. Nada disso onerará o Estado com respeito à questão financeira, cujos compromissos permanecem os atuais" (g.n.).[8]

---

8 v. Ofício SMA/GAB/045/2012, de 7/02/2012, anexo à Mensagem A-nº 12/2012, do Governador do Estado de São Paulo, que enviou o Projeto de Lei nº 60/2012 à Assembleia Legislativa. Disponível em:

Resta claro, portanto, a preocupação da Administração Estadual em regular uma situação consolidada na região há séculos, diante da presença de população tradicional que não poderia ser reassentada, como pretende o autor, sob pena de ofender a própria Carta Paulista, por desconsiderar a manifestação da cultura local; a solução passava, então, como mencionado precedentemente, na compatibilização dos preceitos constitucionais que impõem a "preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural" e a obrigação de "resguardar e defender a integridade, pluralidade, independência e autenticidade das culturas brasileiras", o que realmente se aperfeiçoou com a criação das Reservas de Desenvolvimento Sustentável da Barra do Una e do Despraiado.

Não se pode olvidar que os membros da população protegida nas mencionadas Reservas de Desenvolvimento Sustentável "obrigam-se a participar da preservação, recuperação, defesa e manutenção da unidade de conservação", na forma imposta pelo art. 23 e seus parágrafos da citada Lei Federal nº 9.985/2000; ademais, nitidamente, é de interesse dos próprios habitantes locais a preservação e manutenção das condições do meio ambiente local, que lhes propicia a subsistência, por meio da exploração sustentável dos recursos naturais e do ecoturismo.

Nem se há alegar que a criação do Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins implicou em retrocesso ambiental, haja vista que a área de proteção integral relativa à anterior Estação Ecológica da Jureia-Itatins foi consideravelmente aumentada com a anexação da Estação Ecológica dos Banhados do Iguape, providência que, como anotado linhas atrás, já estava prevista quando da instituição desta última unidade de conservação, como parte do projeto de criação daquele mosaico, cuja área de proteção integral é substancialmente maior do que a da Estação Ecológica da Jureia-Itatins individualmente considerada.

É de se notar que a Estação Ecológica da Jureia-Itatins foi criada pela Lei Estadual nº 5.649/87 com uma área total de 79.270 ha (setenta e nove mil, duzentos e setenta hectares), ao passo que, posteriormente, com a anexação da Estação Ecológica Banhados do Iguape aos seus limites, por ocasião da instituição do Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins (v. art. 3º da Lei Estadual nº 14.982/2013), a mesma Estação Ecológica da Jureia-Itatins passou a contar com uma área total de 84.425 ha (oitenta e quatro mil, quatrocentos e vinte e cinco hectares), o que representa um aumento de mais de 5.000 hectares naquela área de proteção integral, o que reforça a convicção do descabimento da alegação de retrocesso ambiental.

Ademais, a implantação das Reservas de Desenvolvimento Sustentável não implica na descaracterização ou deterioração do meio ambiente, porquanto

Acesso ao Sumário

http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1066987; Acesso em: 03/04/2014.

se trata, do mesmo modo, de unidade de conservação integrante do Sistema Nacional de Conservação da Natureza – SNUC, instituído pela Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, cuidando-se, portanto, de "espaço territorial e recursos ambientais, incluindo águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção" (v. art. 2º, inciso I, da Lei Federal 9.985/2000); ou seja, é, igualmente, área de conservação da natureza, a qual, no entanto, permite o convívio harmônico das populações tradicionais com os recursos naturais ali existentes, de molde a viabilizar a exploração sustentável em áreas específicas, demarcadas dentro do Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins, não representando, portanto, o alardeado retrocesso ambiental.

Aliás, em primoroso estudo realizado pela Comissão do Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal e apresentado pelo Senador Rodrigo Rollemberg no Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, em 29 de março de 2012, há textual defesa da necessidade de compatibilização da preservação ambiental com a proteção às populações nativas, realçando-se que:

> "Vai daí que o princípio do não retrocesso deve servir como critério de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em geral. Ele contempla, no caso do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, a dimensão prestacional, mas também a dimensão defensiva. Um exemplo polêmico pode ser dado pela presença de comunidades tradicionais (poderiam ser remanescentes de quilombos ou mulheres quebradeiras de coco de babaçu) em unidades de conservação de proteção integral: dada a presença tradicional dessas comunidades inclusive como fator de preservação ambiental, assegurar o convívio dessa gente e garantir que não seja retirada corresponde a uma perspectiva clássica de direito de liberdade, de 'primeira geração', de defesa. A criação da unidade de conservação e sua qualificação formal como unidade de proteção integral (nos termos da Lei 9.985/2000) podem implicar um retrocesso vedado. É o princípio do não retrocesso ambiental aplicado a um direito fundamental que não se apresenta ortodoxamente como um direito social. (Deixo de considerar a articulação coletiva do direito, enquanto direito de um grupo com características distintivas; o exemplo poderia ser adaptado para uma situação individual)" (v. fl. 252 daquele trabalho)[9].

Nesse contexto, não colhe o argumento de que a criação das RDS Barra do Una e do Despraiado dentro do Mosaico de UCs da Jureia-Itatins teria implicado em violação ao princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Além disso, a alteração de uma espécie de unidade de conservação em

9 "Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental"; disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2; acesso em: 07/04/2014.

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

outra não representa a ilegalidade aduzida na exordial, porquanto se trata de providência que encontra amparo específico na norma do art. 193, inciso III, da Constituição Paulista que assenta, *in verbis*:

> "Art. 193 – O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de:
>
> (...)
>
> III – definir, implantar e administrar espaços territoriais e seus componentes representativos de todos os ecossistemas originais a serem protegidos, sendo a alteração e supressão, incluindo os já existentes, permitidas somente por lei".

De resto, não vinga a alegação expendida pelo autor, no sentido da necessidade de prévia realização de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA), como condição à criação do Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins.

Ora, tal exigência decorreria das normas contidas no art. 192, *caput* e § 2º, da Constituição Estadual, que preconizam:

> "Art. 192 – A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.
>
> (...)
>
> § 2º – A licença ambiental, renovável na forma da lei, para a execução e a exploração mencionadas no 'caput' deste artigo, quando potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, será sempre precedida, conforme critérios que a legislação especificar, da aprovação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará prévia publicidade, garantida a realização de audiências públicas".

Todavia, não se mostra possível considerar que a instituição de um **mosaico de unidades de conservação** possa, de algum modo, ser equiparada a uma atividade "potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente", de molde a impor a exigência contida no dispositivo constitucional supra transcrito; ainda que tenha havido a "recategorização" da área, com a transformação de parte da Estação Ecológica Jureia-Itatins nas Reservas de Desenvolvimento Sustentável da Barra do Una e do Despraiado, isso não implica permissão de instalação de qualquer atividade predatória na região, mantendo-se a proteção do meio ambiente como prioridade na região.

Acesso ao Sumário

A propósito, voto vencedor do Desembargador Samuel Júnior, lançado por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 12.406/2006, que precedeu a legislação contestada nos autos, assentou, na justa medida, que:

> "Se a lei tivesse tido iniciativa correta, não poderia se cogitar de tais estudos (EIA-RIMA). Poderia, em tese, o Executivo alterar (para mais ou para menos) a área sem a referida providência (artigo 225, § 1º, da CF). A única exigência é que se faça através de lei. Seriam, como são, exigíveis os estudos prévios dos impactos e os relatórios, para determinar, inclusive, as compensações, na destinação, ocupação, ou instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.
>
> Como se sabe, prevalece no Direito Ambiental os princípios, entre outros, da prevenção e do desenvolvimento sustentável. E é por isso que a Constituição da República, no mesmo § 1º, inciso IV, exige, que a lei discipline, 'para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental...'.
>
> O Decreto 8.468, de 8 de setembro de 1976, que aprovou o regulamento da Lei 997, de 31 de maio de 1976, que dispôs sobre Prevenção e o Controle de Poluição do Meio Ambiente, dispôs (art. 57, inclusive com alterações introduzidas pelo Decreto 47.397, de 4 de dezembro de 2002), quais são as fontes poluidoras e as atividades que dependem de licença (com estudo prévio) – artigos 58 e 58a – e lá não consta como tal a edição de leis, ainda que alteradoras de áreas protegidas.
>
> Na verdade o estudo de impacto ambiental é exigível quando houver alteração no meio ambiente provocada exclusivamente pela conduta ou atividade humana, atingindo direta ou indiretamente a saúde, a segurança e o bem estar da população, atividades socioeconômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente ou a qualidade dos recursos ambientais.
>
> Este conceito de impacto ambiental é extraído da definição dada pela Resolução Conama 001/86, que dispõe em seu artigo 1º que:
>
> *Art. 1º – Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:*
>
> *I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*
>
> *II – as atividades sociais e econômicas;*
>
> *III – a biota;*
>
> *IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;*

Acesso ao Sumário

V – a qualidade dos recursos ambientais.

Como já se disse, 'instrumento preventivo de proteção ao meio ambiente, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) destina-se a analisar, prévia e sistematicamente, os efeitos danosos que possam resultar da implantação, ampliação ou funcionamento de atividades com potencial de causar significativa degradação ambiental e, caso seja necessário, propor medidas mitigadoras para adequá-las aos pressupostos de proteção ambiental.

Originário do direito norte-americano, o Estudo de Impacto Ambiental ingressou no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Zoneamento Industrial – Lei n° 6.830/80, que em seu art. 10, § 3º exigia um estudo prévio acerca das avaliações de impacto para aprovação das zonas componentes do zoneamento urbano.

Este instrumento, no entanto, 'distinguia-se do Estudo de Impacto Ambiental atual por restringir-se aos casos de aprovação de estabelecimento das zonas estritamente industriais, sem integrar o licenciamento ambiental e por não prever a participação pública.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n° 6.938/81 –, em seu art. 9º, III incluiu o EIA entre os seus instrumentos de avaliação de impactos ambientais. A Resolução n° 001/86 do Conama estabeleceu situações, de forma exemplificativa, consideradas causadoras de impactos significativos ao meio ambiente, em que o Estudo de Impacto Ambiental se faz necessário.'

Por fim, o Estudo de Impacto Ambiental foi elevado à categoria constitucional pelo art. 225, § 1º da Constituição Federal de 1988, mas, *data vênia*, não era exigível no caso." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0002375-33.2007.8.26.0000, j. 10/06/2009).

De qualquer modo, a criação do Mosaico de Unidades de Conservação da Jureia-Itatins foi precedido da realização de extenso "Estudo Técnico para Recategorização de Unidades de Conservação e Criação do Mosaico UCs Jureia-Itatins", providenciado pela Fundação Florestal, que, como o próprio autor admite, procurou atender aos requisitos de elaboração do EIA-RIMA, previstos nos arts. 5º e 60 da Resolução CONAMA 01/86, bastando a evidenciar a adequação da medida prevista na legislação impugnada, ante a ausência de impacto ambiental negativo com a sua adoção.

Em suma, não estão presentes os vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial em relação à Lei Estadual nº 14.982, de 8 de abril de 2013, que não apresenta a alardeada incompatibilidade vertical com os preceitos dos arts. 191, 192, §§ 1º e 2º, 193, incisos III, IX e X, e 196, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, prejudicado o exame do agravo interno interposto com

Acesso ao Sumário

vistas à revogação da liminar concedida.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 21.538)

Vistos etc.

Meu voto acompanha a posição esposada pelo Eminente Relator, Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI.

Análise detida do feito conduziu à conclusão de que a edição da Lei Estadual n. 14.932/2013 não implicou em vulneração ao princípio da vedação de retrocesso ou em violação dos arts. 191, 192, §§ 1º e 2º, 193, III, IX e X, e 196, da Constituição Bandeirante.

Com efeito, referido diploma legal pretendeu, em verdade, atualizar o regramento da Estação Ecológica Jureia-Itatins, criada por força da Lei Estadual n. 5.649/1987 que, por sua vez, atendia à Lei Federal n. 6.902/1981, que dispunha sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Integral, à época as únicas categorias de unidades de conservação previstas pela legislação ambiental pátria.

Com a edição da Lei Federal n. 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Unidades de Conservação (SNUC).

Compõem o SNUC também as Unidades de Conservação, que, de acordo com a definição trazida pela doutrina, são "*espaços territoriais que, por força de ato do Poder Público, estão destinados ao estudo e preservação de exemplares da flora e da fauna. As unidades de conservação podem ser públicas ou privadas. O estabelecimento de unidades de conservação foi o primeiro passo concreto em direção à preservação ambiental*"[10].

Tais unidades se bifurcam nas Unidades de Proteção Integral e nas Unidades de Uso Sustentável. Nesse sentido, de acordo com a lição de Paulo de Bessa Antunes, "*as Unidades de Proteção Integral têm por objetivo básico a preservação da natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos na própria lei que estabeleceu o SNUC. As Unidades de Uso Sustentável destinam-se à compatibilização entre a conservação da natureza e o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais*"[11].

Ressalte-se que tal lei traz ainda os conceitos de: proteção integral, conservação *in situ*, manejo, uso indireto, uso direto, uso sustentável, extrativismo, recuperação, restauração, zoneamento, plano de manejo, zona de amortecimento e corredores ecológicos, tudo conforme dispõe o art. 2º. O

10 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 652.

11 Idem, p. 664.

Jurisprudência - Órgão Esperial

Acesso ao Sumário

art. 3º, em seguida, enuncia os objetivos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, com ênfase na manutenção e restauração da diversidade biológica, na proteção das espécies ameaçadas de extinção, no desenvolvimento sustentável e na preservação das paisagens de peculiar beleza.

Na hipótese, se está diante de um Mosaico de Unidades de Conservação, previsto no art. 26 da Lei do SNUC. Para Paulo de Bessa Antunes, “*a ideia do mosaico é trazer para o Direito brasileiro a experiência de gestão de unidades de conservação que já é aplicada em diversos países, com destaque para o modelo francês. Evidentemente que a França, por ser um Estado unitário, possui menos problemas institucionais para a gestão de unidades de conservação, pois, de uma forma ou de outra, o poder central é um só. No caso brasileiro, a federação em três níveis implica enormes dificuldades, em função da autonomia de cada um dos seus componentes. Indiscutível, portanto, que somente pela negociação e cooperação os diferentes entes federativos estabelecerão políticas comuns para unidades de conservação que coexistam em uma mesma área. O mosaico visa possibilitar que os diferentes atores se comuniquem e estabeleçam mecanismos capazes de assegurar uma gestão profissional e positiva para o conjunto das unidades de conservação. A matéria foi regulamentada pelos artigos 8º/11 do Decreto nº 4.320/2002*”[12].

As unidades de conservação evidenciam que, ao contrário do discurso corrente, que afirma insistentemente que maior proteção legal do patrimônio ambiental significa paralisar atividades econômicas, há grande potencial de exploração sustentável do meio ambiente, que se estende para além da visão dendroclasta ainda prevalente nas mentalidades menos preocupadas com o amanhã.

No caso dos autos, evidente a preocupação do governo paulista em garantir a proteção das comunidades caiçaras e caboclas, que, antes da nova normatividade de regência, estavam em situação de total precariedade e insegurança.

Ressalte-se que, historicamente, não são eles os contumazes degradadores do meio ambiente e que, nos termos do voto do Relator Sorteado, merecem integral proteção de seus costumes e características inatas de modos de vida e cultura.

Do contrário, tais comunidades estarão sujeitas aos inúmeros problemas decorrentes do avanço da fronteira agrícola e da urbanização descontrolada: favelização, miséria, prostituição, alcoolismo, dependência química etc.

Assinale-se, por fim, que o processo legislativo não prescindiu de “Estudo Técnico para Recategorização de Unidades de Conservação e Criação do Mosaico UCs Jureia-Itatins”, a cargo da Fundação Florestal, em identidade com a maior parte dos requisitos contidos no EIA-RIMA.

12 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. Cit.*, p. 702.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Por estes fundamentos, meu voto acompanha o Relator Sorteado para julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

RENATO NALINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0019647-30.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. ROBERTO MAC CRACKEN, FERREIRA RODRIGUES E XAVIER DE AQUINO.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.378)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN (com declaração), ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FRANCISCO CASCONI, EROS PICELI, XAVIER DE AQUINO (com declaração) e ANTONIO CARLOS MALHEIROS, julgando a ação improcedente; e FERREIRA RODRIGUES (com declaração), PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIS GANZERLA, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, FERRAZ DE ARRUDA, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE e ANTONIO LUIZ PIRES NETO, julgando a ação procedente.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo, que instituiu o regime de subsídio para os cargos em comissão e função de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias

Acesso ao Sumário

e Fundações – Carta Magna que, a partir da EC nº 19/98, procurou estabelecer a verdade remuneratória, passando a prever o regime de subsídio para uma parcela dos agentes públicos, de modo a tornar mais transparente a remuneração daqueles que ocupam cargos e funções de relevo para a Administração – Exposição de motivos da lei objurgada que se encontra afinada com essa concepção, dando maior transparência e visibilidade à remuneração dos cargos de outros agentes responsáveis pelo acompanhamento, orientação e execução, no âmbito dos respectivos órgãos, das políticas públicas definidas pelo Prefeito e Secretários Municipais – Justificável, destarte, a inserção destes em tal sistema de remuneração, considerada a sua finalidade – CF, aplicável no particular a todos os entes federados, que não explicita nenhum princípio ou critério que justifique a exclusividade do regime para alguns agentes públicos, o qual se presta apenas a eliminar a prática de fragmentar a remuneração dos servidores com diversos penduricalhos, a desfigurar o sistema de pagamento do quadro de pessoal – Regime de subsídio que, nessa linha, não corresponde a uma prerrogativa de parcela dos agentes públicos, podendo ser qualificado como autêntica prerrogativa da Administração Pública – Normas dos §§ 4º e 8º do art. 39 da CF que comportam então interpretação teleológica, de modo que cada ente federado possa organizar e remunerar seu quadro de pessoal de acordo com as necessidades e peculiaridades, sabido que, "in casu", a intepretação literal e restritiva realmente não atende ao interesse público (a forma de remuneração deve ser clara e passível de melhor controle social) – Valor do subsídio, fixado pelo diploma em causa, que, ademais, não comporta ponderação no âmbito restrito desta ação, inserindo-se no campo do mérito administrativo, até porque não há indicação de superação do teto remuneratório constitucional, de desconsideração ao disposto no art. 169 da CF ou na Lei de Responsabilidade Fiscal ou mesmo de inobservância de lei local que impõe

Acesso ao Sumário

limitação aos gastos com pessoal – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, em face de parte da Tabela “A”, salvo quanto aos cargos de Subprefeito e de Secretário-Adjunto, e das Tabelas “B” e “C” do Anexo I; da expressão “Autarquias e Fundações Municipais” e, por arrastamento, da menção às Tabelas “B” e “C”, constantes do art. 1º da Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo, que institui o regime de subsídio para os cargos em comissão e função de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais.

Alega o autor, em síntese, que: a norma impugnada viola os artigos 111, 115, XI e 144, todos da Constituição Estadual de São Paulo e os artigos 29, V, 37, *caput* e X, 39, §§ 4º e 8º, todos da Constituição Federal; da análise dos dispositivos constitucionais, depreende-se que é obrigatória a implantação, por meio de lei, do regime remuneratório de subsídios para os agentes políticos com mandato eletivo (Prefeito e Vice-Prefeito) e para Secretários Municipais, e, ainda, facultativa para os servidores públicos de carreira no âmbito da administração pública municipal; nesse contexto, quando o legislador municipal destaca alguns cargos comissionados a serem remunerados por subsídio, alterando seu sistema remuneratório, subtrai dos servidores ocupantes destes cargos comissionados a revisão geral anual da remuneração, viabilizando, por outro lado, aumento em percentagem diferente, tratando de maneira desigual pessoas que constitucionalmente são iguais, vale dizer, servidores públicos não sujeitos pela Constituição Federal ao sistema remuneratório dos subsídios; tal regime de remuneração não foi previsto para funcionários que exercem cargos em comissão, mas tão só para determinados cargos públicos (art. 37, § 4º, CF), sendo facultativo para os servidores públicos organizados em carreira (art. 37, § 8º, CF).

Explicita a petição inicial, a propósito, que, conforme as Tabelas “A”, “B” e “C” do Anexo I, mencionadas no art. 1º da Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2001, do Município de São Paulo, passariam a ser remunerados exclusivamente por subsídios os seguintes cargos em comissão e funções de confiança de nível de direção superior:

> “a) no âmbito da Administração Direta: Subprefeito; Secretário-Adjunto; Secretário-Executivo Adjunto; Chefe de Gabinete Pessoal do Prefeito; Chefe de Gabinete Pessoal do Vice-Prefeito e Chefe de Gabinete das Secretarias Municipais, da Secretaria Executiva de Comunicação e das Subprefeituras (Tabela ‘A’ – fl. 221);

Acesso ao Sumário

b) no âmbito da Administração Indireta: Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo; Superintendente do Serviço Funerário do Município de São Paulo; Superintendente da Autarquia Hospitalar Municipal; Superintendente da Autarquia Municipal de Serviços Auxiliares de Saúde; Presidente da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana; Diretor Geral da Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia e Diretor Geral da Fundação Theatro Municipal de São Paulo, Chefe de Gabinete do Instituto de Previdência Municipal, do Serviço Funerário do Município, da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (Tabela 'B' – fls. 221/222);

c) no âmbito da Administração Indireta (função de confiança): Superintendente do Hospital do Servidor Público Municipal e Chefe de Gabinete do Hospital do Servidor Público Municipal (Tabela 'C' – fl. 222).

Nessa linha, a lei municipal contrastaria os seguintes preceitos da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força de seu artigo 144, e que assim estabelecem:

'**Artigo 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

XI – a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso;

(...)

Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.'

A Constituição Federal, por sua vez, ao introduzir o subsídio como forma de remuneração dos agentes políticos e de algumas categorias de servidores públicos, estabeleceu o seguinte:

'**Art. 29.** O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos

os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

V – subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

(...)

Art. 39. (...)

§ 4º. O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

(...)

§ 8º. A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

(...)’.” (v. fls. 09/11).

Indeferida a medida liminar postulada (v. fls. 19/21), sobrevieram as informações do Prefeito (v. fls. 33/47) e do Presidente da Câmara Municipal (v. fls. 144/157).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da demanda (v. fls. 144/176).

É o relatório.

A ação não merece acolhida.

Debate-se na presente demanda, em última análise, se o regime de subsídio, estabelecido na Constituição Federal a partir da EC nº 19/98, ao ser implementado pelos entes federados, deve merecer interpretação restritiva, podendo alcançar tão somente as categorias de agentes públicos expressamente mencionadas no artigo 39, §§ 4º e 8º, ou se pode abranger “os titulares de cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações”, como sustentado nas informações prestadas pela Prefeitura e pela Câmara Municipal.

É certo que o douto Procurador Geral de Justiça já destaca na petição inicial que os cargos comissionados de Subprefeito e Secretário Adjunto, pelas suas características específicas dentro do sistema organizacional da cidade de São Paulo, podem ser equiparados aos de Secretário Municipal, sujeitando-se, portanto, à remuneração por subsídio.

A controvérsia restringe-se então aos cargos comissionados do chamado 2º escalão da Administração Direta e Indireta do Município, quais sejam: Chefe

de Gabinete das Secretarias Municipais e Subprefeituras, Superintendente, Diretor ou Presidente de Autarquias e Fundações Municipais.

Efetivamente referidos cargos comissionados não podem ser enquadrados na disposição do § 4º do artigo 39 da Carta da República, que outorga tal sistema de remuneração especificamente aos agentes políticos (são assim considerados no âmbito do Município o Prefeito, Vice-Prefeito e os Secretários Municipais).

Leciona Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Direito Municipal Brasileiro", que "os agentes políticos constituem, na realidade, categoria própria de agente público. Porém, sem dúvida, no Título e Seções referidas, a Carta Magna, para fins de tratamento jurídico, coloca-os como se fossem servidores públicos, sem embargo de os ter como agentes políticos. São eles os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designação ou delegação, para o exercício de atribuições constitucionais. Nesta categoria encontram-se, na órbita municipal, o chefe do Executivo (prefeito) e seus auxiliares imediatos (secretários municipais), os membros do Poder Legislativo (vereadores), os membros dos Tribunais de Contas (nos Municípios onde houver) e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições constitucionais" (v. 15ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 582).

Não há, pois, como enquadrar nessa categoria chefe de gabinete ou dirigente de autarquia ou de fundação; não atuam eles no primeiro escalão do governo local, desempenhando atribuições constitucionais; ao chefe de gabinete são cometidas tarefas de assessoramento dos agentes políticos; já os dirigentes das autarquias e fundações atuam na condução de um ente administrativo autônomo (integrante da Administração Indireta), sendo certo que "não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence"; "há mera vinculação à entidade matriz, que passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico" (v. obra citada, p. 361).

De outro lado, não estamos diante de servidores públicos organizados em carreira, para os quais o § 8º do citado artigo 39 da Constituição Federal faculta a adoção de regime de subsídio; os cargos comissionados em apreço não são escalonados em níveis crescentes de responsabilidade, complexidade ou antiguidade, a caracterizar uma carreira, representando, na verdade, cargos isolados, para o exercício de funções de confiança ou de direção superior de entes determinados.

Acesso ao Sumário

Logo, num sentido de legalidade estrita, observado apenas o enquadramento definido literalmente pela Constituição Federal, não haveria como incluir no regime de subsídio os titulares de cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras,

Autarquias e Fundações do Município de São Paulo.

Mas, uma reflexão mais acurada do comando constitucional, que leve em conta a finalidade da nova sistemática remuneratória trazida pela EC nº 19/98, acaba nos levando a outra solução.

Como é sabido, o que a Carta Magna procura estabelecer, a partir da EC nº 19/98, é a verdade remuneratória, passando então a prever o sistema de subsídio para uma parcela dos agentes públicos; a ideia foi notadamente tornar mais transparente a remuneração daqueles que ocupam cargos e funções de relevo para a Administração.

A propósito, Celso Antonio Bandeira de Mello dá conta que:

> "Com o intuito de tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos, impedindo que fosse constituída por distintas parcelas que se agregassem de maneira a elevar-lhes o montante, a Constituição criou uma modalidade retributiva denominada subsídio.
>
> Subsídio é a denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetua por meio dos pagamentos mensais de parcelas únicas, ou seja, indivisas e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie." (v. "Curso de Direito Administrativo", 24ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2007, p. 263).

Afinada com essa concepção, em prestígio da transparência e da moralidade administrativa, encontra-se a exposição de motivos da lei aqui objurgada:

> "A Lei nº 15.401, de 6 de julho de 2011, de iniciativa da Mesa da Câmara, que dispõe sobre a fixação do subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários, veio não somente dar cumprimento ao disposto no art. 29, V, da Constituição Federal e ao art. 14, VI, da Lei Orgânica do Município, como também implementar o regime de subsídio como modalidade retributiva no âmbito do Poder Executivo Municipal.
>
> A proposta ora submetida ao exame e deliberação dessa Egrégia Câmara visa instituir esse regime para o cargo de Subprefeito e para os cargos em comissão do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais, quais sejam, Secretário Adjunto, Chefe de Gabinete, Superintendente de Autarquia e Presidente de Fundação e respectivos Chefes de Gabinetes.
>
> Com efeito, foi a Emenda Constitucional nº 19/98, que dando nova redação ao art. 39 da Constituição Federal, voltou a prever o subsídio como modalidade retributiva. Anteriormente, na Constituição de 1967, o subsídio era previsto somente para determinados agentes políticos no âmbito federal, com parte fixa e outra variável.
>
> **Segundo a doutrina especializada, o subsídio voltou a ser adotado para tornar mais visível e controlável a remuneração de**

Acesso ao Sumário

certos cargos, na medida em que, diferentemente da conformação que lhe dava a Constituição anterior, passou a ser constituído de parcela única, vedado o acréscimo de outras parcelas, que, na parte variável, se agregavam e elevavam o montante sem a necessária transparência da contraprestação pecuniária.

Assim é que, a partir da Emenda da Reforma Administrativa essa forma de retribuição passou a ser obrigatória para agentes políticos de todas as esferas de governo (art. 39, § 4º), membros do Ministério Público (art. 128), integrantes da Advocacia Geral da União, Defensores Públicos, Procuradores de Estado e do Distrito Federal, Ministros do Tribunal de Contas da União e servidores públicos policiais (arts. 135, 73 e 144).

A possibilidade de adoção do regime para os servidores públicos organizados em carreira foi expressamente prevista como facultativa (art. 39, § 8º), tendo em vista que a mesma Constituição, no § 1º do art. 39, lhes assegura regime de vencimento, composto por padrões de vencimento (parte fixa) e demais componentes do sistema remuneratório (parte variável), componentes esses que compreendem, basicamente, adicionais, gratificações e verbas indenizatórias.

Nesse panorama, a opção pelo regime de subsídio para os cargos efetivos integrados em carreira, assim como para os cargos efetivos isolados e os de provimento em comissão, deve ser feita segundo critérios de conveniência e oportunidade, visando a realização do princípio da publicidade.

O princípio da publicidade, também denominado como princípio da transparência, e a contrapartida do direito a informação vêm assegurados em diversos dispositivos constitucionais, que estabelecem, em última análise, e por tal paralelismo, o dever de transparência do Estado, que a presente propositura visa cumprir.

A opção de adoção do regime de subsídio para os cargos em comissão do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais acima discriminados, vem reiterar e confirmar o compromisso desta Administração com a gestão transparente, responsável e inovadora, tornando visível e controlável, pela população, a remuneração dos agentes públicos que são auxiliares diretos do Prefeito e dos Secretários Municipais na coordenação e supervisão dos planos e programas de governo por eles estabelecidos.” (g.n.)

Acesso ao Sumário

Verifica-se, daí, que se procurou dar maior transparência e visibilidade à remuneração dos cargos de outros agentes responsáveis pelo acompanhamento, orientação e execução, no âmbito dos respectivos órgãos, das políticas públicas definidas pelo Prefeito e Secretários Municipais, o que então justificaria a sua inclusão no regime de subsídio.

Algumas indagações, feitas em manifestação produzida na esfera da

Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, permitem situar o problema e o seu melhor equacionamento:

> "O que levaria o legislador constitucional a vedar o regime para os servidores titulares de cargos em comissão ou mesmo efetivos titulares de cargos isolados (isso ainda existe especialmente em Municípios pequenos)?
>
> Por que a remuneração daqueles deveria ser em parcela única e dos demais não, composta por variadas parcelas?
>
> O que poderia haver no regime de subsídio que imporia exclusividade àqueles cargos?
>
> Por que estaria a Administração Pública obrigada a pagar aos titulares desses cargos padrão de vencimentos, acrescido de gratificações, adicionais, etc. (demais componentes do sistema remuneratório diz a Constituição), e não a parcela única?" (v. fls. 92/93).

Realmente não se entrevê na Constituição Federal nenhum princípio ou critério que justifique a exclusividade do regime para alguns agentes públicos; aliás, nada sugere a pertinência de uma vedação a maior abrangência do regime de subsídio, que se presta a eliminar a prática de fragmentar a remuneração dos servidores com diversos penduricalhos, a desfigurar o sistema de pagamento do quadro de pessoal.

Correta então a conclusão lançada a fl. 93, pela qual "não há razão jurídica que justifique a distinção de tratamento, que implique, inclusive, em vedação de adoção do regime para outros cargos, e que se sustente perante o princípio da igualdade ou da razoabilidade, mormente considerando a finalidade perseguida: o pagamento de contraprestação pelos serviços prestados ao Estado".

Observa-se, inclusive, que "no âmbito federal há pagamento de subsídio, equivalente ao de Subprocurador-Geral da República, para advogados e cidadãos que integram o Conselho Nacional do Ministério Público, que nem mesmo são servidores (Lei nº 11.883/2008)".

É certo que a douta Procuradoria Geral de Justiça procura evidenciar a incompatibilidade vertical dos atos normativos questionados com o ordenamento constitucional, dando conta que:

> "(...) quando o legislador municipal destaca alguns cargos comissionados a serem remunerados por subsídio, alterando seu sistema remuneratório, subtrai dos servidores ocupantes destes cargos comissionados a revisão geral anual da remuneração, viabilizando, por outro lado, aumento em percentual diferente, tratando de maneira desigual pessoas que constitucionalmente são iguais, vale dizer, servidores públicos não sujeitos pela Constituição Federal ao sistema remuneratório dos subsídios. (...)" (v. fl. 172).

Todavia, esse óbice não se sustenta, acusando os acionados precisamente a conformidade da legislação editada com o princípio da impessoalidade.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

Com efeito, forçoso reconhecer que a Lei nº 15.509/2011 não se abalou simplesmente a promover reajuste da remuneração dos cargos que especifica; promoveu, a rigor, a instituição para estes do regime de subsídio, fixando seu valor.

Ora, não há mesmo impedimento para que determinados cargos, pela sua natureza, grau de responsabilidade e de complexidade, venham a receber tratamento específico, no aspecto remuneratório, operando-se então uma reorganização jurídica de forma isolada.

No julgamento da ADI nº 3.599/DF, a Ministra CÁRMEN LÚCIA ponderou, na justa medida, que:

> "No que respeita à isonomia – temos insistido que a jurisprudência do Supremo é doutrina secular –, trata mesmo diferentemente e, inclusive, do regime remuneratório. Aliás, o que a Constituição quer, a partir da Emenda Constitucional nº 19, é o estabelecimento da verdade remuneratória. Para se estabelecer a verdade remuneratória, é preciso mesmo que se fixe, para as diversas categorias dos órgãos e dos Poderes Públicos, aquilo que seja adequado, coerente com cada categoria. Logo, não haveria quebra de princípio de isonomia alguma, ainda que fosse desigualado com critérios objetivos e legítimos".

Nesse diapasão, aponta-se a fl. 95, devidamente, que:

> "A reconfiguração ou reclassificação é instituto prestigiado pela Constituição Federal, que a inclui dentre aqueles abrangidos na garantia da paridade, como se via no § 4º do art. 40, em sua redação original, e que passou a figurar no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, que o menciona como evento que acarreta a modificação da remuneração dos servidores ativos, como se lê: 'decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função'.
>
> Há que se mencionar, ainda, que a reclassificação ou reconfiguração dos cargos ou funções dos quadros da PMSP é sempre feita levando em consideração quadros específicos ou mesmo cargos determinados dentro de um mesmo quadro de pessoal. Até mesmo reajustes setoriais, gratificações e adicionais são concedidos de forma distinta para categorias determinadas".

Forçoso concluir, destarte, que o instituto da revisão geral anual não arreda a possibilidade da instituição de novo regime de remuneração para determinadas categorias do funcionalismo público.

Afinal, a revisão geral anual visa evitar o desgaste inflacionário periódico que alcança os vencimentos e o subsídio; não representa mesmo aumento da remuneração, apenas impedindo sua deterioração.

E todos os agentes públicos, inclusive aqueles submetidos ao regime de subsídio, fazem jus a essa revisão, por injunção constitucional.

Acesso ao Sumário

Já a reclassificação de cargos e a adoção de novo regime de remuneração, também constitucionalmente viável, pode desbordar em aumento real da contraprestação devida ao servidor, tendo lugar, como anotado a fl. 43: a) em razão da reestruturação da carreira; b) para corrigir uma distorção ou injustiça acumulada ao longo do tempo; c) para valorizar uma carreira, em atendimento a uma política pública da Administração; d) para equacionar a remuneração paga aos níveis de mercado.

Na citada ADI nº 3.599/DF, a Ministra CÁRMEN LÚCIA igualmente registrou que "quando se fala em alteração – no Brasil não pode haver redução de vencimentos –, logo estamos falando de aumento. O aumento pode ser setorial, a Constituição não proíbe".

Assim, "a revisão geral anual caracteriza um dever da Administração consagrado constitucionalmente para evitar a deterioração da remuneração dos servidores frente à inflação. O reajuste de vencimentos corresponde a uma faculdade, a uma possibilidade da Administração, que pode utilizá-lo, com as finalidades já descritas acima, sempre mediante lei. Finalmente a instituição do regime de subsídios consiste na criação de um novo sistema de remuneração para dar atendimento à ordem constitucional, visando dar maior transparência e possibilidade de controle aos valores pagos a determinados agentes públicos" (v. fls. 43/44).

De se registrar que o valor do subsídio, fixado pela Lei Municipal nº 15.509/2011, não comporta ponderação no âmbito restrito desta ação, inserindo-se em princípio no campo do mérito administrativo, até porque não há indicação de superação do teto remuneratório constitucional, de desconsideração ao disposto no artigo 169 da Constituição Federal ou na Lei de Responsabilidade Fiscal ou mesmo de inobservância de lei local que impõe limitação aos gastos com pessoal.

De todo modo, o Prefeito Municipal destaca que:

> "(...) ao longo dos últimos anos, especialmente desde 2005, a Municipalidade vem reestruturando seu quadro de pessoal e estabelecendo novos Planos de Carreiras, Cargos e Salários, buscando revalorizar seus vencimentos, corrigindo distorções e injustiças acumuladas ao longo do tempo e valorizando as carreiras necessárias, em atendimento a uma política pública da Administração.
>
> Alguns exemplos desses reajustes concedidos ou das reestruturações efetuadas pela Municipalidade são:
>
> (i) Lei nº 15.517/11 – reajusta as Escalas de Vencimentos do Quadro dos Profissionais da Saúde;
>
> (ii) Lei nº 15.490/11 – concede abono complementar para o Quadro dos Profissionais da Educação;
>
> (iii) Lei nº 15.380/2011 – institui novas Escalas de Vencimentos do Quadro de Atividades Artísticas;

Acesso ao Sumário

(iv) Lei nº 15.359/11 – reajusta as Escalas de Vencimentos do Quadro da Guarda Civil Metropolitana;

(v) Lei nº 15.215/10 – reajusta as Escalas de Vencimentos do Quadro dos Profissionais da Educação;

(vi) Lei nº 14.713/08 – institui novo plano de carreira do Quadro dos Profissionais da Saúde;

(vii) Lei nº 14.712/08 – institui novas Escalas de Vencimentos para Quadro da Procuradoria Geral do Município e para os Auditores Fiscais Tributários Municipais do Quadro dos Profissionais da Fiscalização (as duas outras carreiras do mesmo quadro não tiveram as Escalas revistas);

(viii) Lei nº 14.591/07 – institui novo plano de carreira do Quadro de Pessoal do Nível Superior;

(ix) Lei nº 14.660/07 – institui novo plano de carreira do Quadro dos Profissionais da Educação.

Já a última reclassificação sofrida pelos cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais foi trazida pela Lei Municipal nº 15.511, de 19 de abril de 1994, sendo que a Lei Municipal nº 13.117, de 09 de abril de 2001, revalorizou a verba de representação devida a seus titulares, que representou 40% da remuneração total.

Desde, então, os vencimentos dos cargos para os quais a Lei nº 15.509/2011 institui o regime de subsídios não eram reajustados ou reclassificados, apenas sofrendo as alterações devidas em razão da revisão geral anual, aplicável a todos os agentes públicos, ou da mudança da moeda, ocorrida em 1994. Seus vencimentos, então, estavam há muito distorcidos.

E, para o período de julho de 1994 (implantação do Real) até janeiro de 2012, o índice acumulado do IPC-FIPE é de 254,47%.

Já os acréscimos ocasionados pela Lei Municipal nº 15.509/2011, considerando o valor da remuneração vigente em 2011 (padrão acrescido de verba de representação e gratificação de gabinete), são os seguintes:

(...)

Assim, apesar de não se tratar de revisão geral anual, como acima comprovado, ainda que fosse possível utilizar a inflação como um parâmetro para analisar a escala de subsídios estabelecida pela Lei Municipal nº 15.509/2011, não há que se falar em revalorização muito acima da inflação no período, tendo em vista que desde o último reajuste da remuneração desses servidores a inflação foi de 254,47% e nenhum dos novos subsídios fixados representou elevação superior a esse índice” (g.n.) (v. fls. 45/46).

Em suma, da análise do texto constitucional não se extrai a conclusão

Acesso ao Sumário

de que o regime de subsídio corresponde a uma prerrogativa de parcela dos agentes públicos; representa, a rigor, uma imposição para agentes políticos e opção para servidores de carreira, de modo a dar concretude aos princípios da transparência e da moralidade, permitindo então o controle social eficaz da remuneração por eles auferida; nessa linha, podendo ser qualificado tal regime como autêntica prerrogativa da Administração Pública (como sustentado pelo Prefeito), as normas dos §§ 4º e 8º do artigo 39 da Constituição Federal comportam interpretação teleológica, de modo que cada ente federado possa organizar e remunerar seu quadro de pessoal de acordo com as necessidades e peculiaridades, sabido que, *in casu* a intepretação literal e restritiva realmente não atende ao interesse público (a forma de remuneração deve ser clara e passível de melhor controle social).

Na verdade, nada impedia o Município de manter o regime de vencimentos para os cargos em tela, fragmentando então a remuneração em múltiplas verbas pecuniárias, a partir, inclusive, da concessão de gratificações setoriais, de modo a alcançar um patamar salarial até superior ao vigente; todavia, como já realçado, optou-se pela fixação de parcela única, atendendo aos critérios do § 1º do artigo 39 da Constituição Federal, em prestígio dos princípios da publicidade e da moralidade, sendo certo que subsídio no importe de dezessete a vinte mil reais não desborda da razoabilidade para chefes de gabinete e dirigentes de entes da Administração Indireta, haja vista, até mesmo, os padrões remuneratórios vigentes na esfera do Poder Judiciário (federal e estadual), para cargos de direção e chefia; a ideia certamente é permitir o recrutamento de bons profissionais, o que vai ao encontro do princípio da eficiência.

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 25.198)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que o Procurador Geral de Justiça ajuizou tendo por objeto parte da Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo, que determina que passem a ser remunerados exclusivamente por subsídio os servidores que especifica. Tudo conforme consta a fls. 02/17.

Negada a liminar a fls. 19/21, vieram as informações do Prefeito (fls. 33/47) e do Presidente da Câmara Municipal (fls. 144/157).

A douta Procuradoria de Justiça reiterou a argumentação pela procedência da ação em manifestação de fls. 144/176.

É o relatório.

A presente ação se volta contra a Lei Municipal nº 15.509/11, que, em seu artigo 1º, dispõe que “A partir de janeiro de 2012, passam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, os titulares dos cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais constantes das Tabelas ‘A’, ‘B’ e ‘C’ do Anexo I integrante desta lei, no qual se discriminam os respectivos valores”.

Diz o autor que parte da lei é incompatível com os arts. 111, 115, XI, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo e arts. 29, V, e 39, §§ 4º e 8º, da Constituição Federal. É que, segundo entende (fls. 13), o sistema de remuneração por subsídio só é permitido “para determinados cargos públicos (art. 37, § 4º, CF), sendo facultativo para servidores públicos organizados em carreira (art. 37, § 8º, CF)”, e a lei em questão estendeu esse sistema a diversos servidores que não se enquadram nas hipóteses referidas.

Cumpre observar, de início, que o art. 144 da Constituição do Estado dispõe expressamente que “os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”. Com esta remissão expressa à Constituição Federal, o dispositivo autoriza que, indiretamente, aquele diploma seja utilizado como parâmetro na presente ação de controle concentrado de constitucionalidade prevista no art. 125, § 2º, da CF e no art. 74, VI, e art. 90 da Constituição do Estado. No Supremo Tribunal Federal já se afirmou que “as normas constitucionais estaduais de caráter remissivo podem compor o parâmetro de controle das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual” (Rcl 10406/GO, relator Gilmar Mendes, j. 31.8.10, decisão monocrática). Nesse mesmo sentido, confira-se, por exemplo, a Rcl nº 733/PI, relator Ilmar Galvão, j. 09.2.00, além dos precedentes mencionados a fls. 171 pelo douto Procurador de Justiça.

No mais, o regime de subsídio é especial, obrigatório em alguns casos e facultativo em outros que a Constituição expressamente prevê. Inadmissível, portanto, a utilização indiscriminada desta forma de remuneração pela Administração. Assim dispõe a Constituição Federal no parágrafo 4º do seu artigo 39:

> § 4º. O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

E o parágrafo 8º do mesmo artigo:

Acesso ao Sumário

A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

A previsão constitucional expressa das hipóteses em que a remuneração por subsídio é possível não é gratuita e evidencia a vedação, numa interpretação *contrario sensu*, a que seja expandida a sua utilização para além dessas hipóteses. Tal questão já foi abordada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Med. Caut. em ADI nº 3.923/MA, j. 16.8.07, em que o relator Ministro Eros Grau afirmou que "a organização dos servidores em carreira configura, como se vê, pressuposto necessário à substituição de vencimentos por subsídio".

A se admitir a constitucionalidade das Tabelas A, B e C do Anexo I, mencionados no art. 1º da Lei nº 15.509, de 15/12/2011, do Município de São Paulo, passariam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, os seguintes cargos em comissão e funções de confiança de nível de direção superior:

a. no âmbito da Administração Direta: Subprefeito; Secretário-Adjunto; Secretário-Executivo Adjunto; Chefe de Gabinete Pessoal do Prefeito; Chefe de Gabinete Pessoal do Vice-Prefeito e Chefe de Gabinete das Secretarias Municipais, da Secretaria Executiva de Comunicação e das Subprefeituras (Tabela "A" – fls. 221);

b. no âmbito da Administração indireta: Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo; Superintendente do Serviço Funerário do Município de São Paulo; Superintendente da Autarquia Hospitalar Municipal; Superintendente da Autarquia Municipal de Serviços Auxiliares de Saúde; Presidente da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana; Diretor Geral da Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia e Diretor Geral da Fundação Theatro Municipal de São Paulo, Chefe de Gabinete do Instituto de Previdência Municipal, do Serviço Funerário do Município, da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (Tabela "B" – fls. 221/222);

c. no âmbito da Administração Indireta (função de confiança): Superintendente do Hospital do Servidor Público Municipal e Chefe de Gabinete do Hospital do Servidor Público Municipal (Tabela "C" – fls. 222).

O pressuposto de organização dos servidores em carreira torna a remuneração por subsídio incompatível com os cargos em comissão e funções de confiança, com exceção daqueles respaldados no art. 39, § 4º, da Constituição Federal, como é o caso dos cargos de Subprefeito e de Secretário-Adjunto.

Inadmissível a extensão promovida pela Municipalidade de São Paulo por indiscutível incompatibilidade com os arts. 111, 115, XI, e 144 da Constituição do Estado e arts. 29, V, e 39, §§ 4º e 8º, da Constituição Federal.

Na correta observação do autor, reiterada no parecer final da Procuradoria:

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

"quando o legislador municipal destaca alguns cargos comissionados a serem remunerados por subsídio, alterando seu sistema remuneratório, subtrai desses servidores ocupantes destes cargos comissionados a revisão geral anual da remuneração, viabilizando, por outro lado, aumento em percentual diferente, tratando de maneira desigual pessoas que constitucionalmente são iguais, vale dizer, servidores públicos não sujeitos pela Constituição Federal ao sistema remuneratório dos subsídios" (fls. 12 e 172).

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente a presente ação para, acolhendo, em todos os seus termos, o pedido, declarar a inconstitucionalidade parcial da Tabela "A", salvo quanto aos cargos de Subprefeito e de Secretário-Adjunto, e das Tabelas "B" e "C" do Anexo I; da expressão "Autarquias e Fundações Municipais" e, por arrastamento, da menção às Tabelas "B" e "C", constantes do art. 1º da Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo.

FERREIRA RODRIGUES, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 26.609)

Pelo meu voto, com a devida vênia, divirjo do eminente Relator desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, Desembargador FERREIRA RODRIGUES, assim o fazendo pelas razões a seguir expostas.

Consoante relato dos autos, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade é proposta em face da Lei nº 15.509/11 do Município de São Paulo, que dispõe, em seu artigo 1º, que "A partir de janeiro de 2012, passam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, os titulares dos cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais constantes das Tabelas 'A', 'B' e 'C' do Anexo I integrante desta lei, no qual se discriminam os respectivos valores".

Referidas Tabelas "A", "B" e "C" contemplam os seguintes cargos em comissão e funções de confiança de nível de direção superior:

a) no âmbito da Administração Direta: Subprefeito; Secretário-Adjunto; Secretário-Executivo Adjunto; Chefe de Gabinete Pessoal do Prefeito; Chefe de Gabinete Pessoal do Vice-Prefeito e Chefe de Gabinete das Secretarias Municipais, da Secretaria Executiva de Comunicação e das Subprefeituras (Tabela "A" – fls. 221);

b) no âmbito da Administração indireta: Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo; Superintendente

Acesso ao Sumário

do Serviço Funerário do Município de São Paulo; Superintendente da Autarquia Hospitalar Municipal; Superintendente da Autarquia Municipal de Serviços Auxiliares de Saúde; Presidente da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana; Diretor Geral da Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia e Diretor Geral da Fundação Theatro Municipal de São Paulo, Chefe de Gabinete do Instituto de Previdência Municipal, do Serviço Funerário do Município, da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (Tabela "B" – fls. 221/222);

c) no âmbito da Administração Indireta (função de confiança): Superintendente do Hospital do Servidor Público Municipal e Chefe de Gabinete do Hospital do Servidor Público Municipal (Tabela "C" – fls. 222).

A remuneração por subsídio, tal como proposta na Lei nº 15.509/2011 seria, consoante a inicial, incompatível com os artigos 111, 115, XI, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo e artigos 29, V, e 39, §§ 4º e 8º, da Constituição Federal, posto que o sistema de remuneração por subsídio só é permitido para determinados cargos públicos (art. 37, § 4º, CF), sendo facultativo para servidores públicos organizados em carreira (art. 37, § 8º, CF), e a lei em questão estendeu esse sistema a diversos servidores que não se enquadram nas hipóteses referidas.

Neste passo, segundo afirma a inicial, ao destacar o legislador municipal alguns cargos comissionados a serem remunerados por subsídio, alterando o sistema remuneratório, subtrai dos servidores ocupantes destes cargos comissionados a revisão geral anual da remuneração, viabilizando, por outro lado, aumento em porcentagem diferente. Trata, assim, de maneira desigual pessoas que constitucionalmente são iguais, ou seja, servidores públicos não sujeitos pela Constituição Federal ao sistema remuneratório dos subsídios.

Vale dizer, o tema em debate é se o regime de subsídio instituído pela Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, pode alcançar tão somente as categorias de agentes públicos elencadas no artigo 39, §§ 4º e 8º ou se, desprezada a interpretação restritiva, pode abranger os "titulares de cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações", tal como previsto na Lei Municipal atacada.

Acompanho o voto divergente do eminente Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI quanto a finalidade da nova sistemática remuneratória trazida pelas mãos da Emenda Constitucional nº 19/98, que estabelece a chamada "verdade remuneratória", tornando cristalina a remuneração daqueles que ocupam cargos e funções de expressão para a Administração.

Cabe aqui, entretanto, em acréscimo, aprofundar-me no tema sob outra

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

perspectiva.

Pretende o Autor, nesta ação, que se declare inconstitucional Lei Municipal que instituiu subsídios aos titulares de cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações do Município de São Paulo.

Com renovada vênia, tenho como descabida a interpretação restritiva da Emenda Constitucional nº 19/98, no caso presente, que colide com os princípios da equidade, razoabilidade e justiça distributiva.

O que se busca com o subsídio combatido na presente ação é o bem comum, que depende do manejo da administração pública por homens de grau de conhecimento elevado, aptos a exercer suas funções e a ter justa remuneração; com a devida vênia, apartar-se de tal conduta seria exercer o injusto.

A declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal *sub examine* afastaria a aplicação do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

MARIA HELENA DINIZ[1] obtempera: "Entretanto, quando o mesmo diploma legal, no art. 5º estabelece que 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum', o legislador dá margem a uma interpretação mais maleável, valorizando o fim social da norma em contraposição ao rigorismo hierárquico das fontes supletivas das lacunas". Conforme interpretação de Diniz, o referido artigo é "que permite corrigir a inadequação da norma ao caso concreto. A equidade seria uma válvula de segurança que possibilita aliviar a tensão e a antinomia entre a norma e a realidade, a revolta dos fatos contra os códigos".

E prossegue a autora:

"Do que foi exposto infere-se a inegável função da equidade de suplementar a lei, ante as possíveis lacunas. No nosso entender, a equidade é elemento de integração, pois, consiste, uma vez esgotados os mecanismos previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, em restituir à norma, a que acaso falte, por imprecisão de seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que esta corresponde, a flexibilidade necessária à sua aplicação, afastando por imposição do fim social da própria norma o risco de convertê-la num instrumento iníquo.".

Vale dizer, correspondendo a Justiça ao cidadão cumpridor das leis, deve o Juiz, na arte de bem julgar, ampliar o seu entendimento, integrando o que é justo ao caso concreto. Esse é o entendimento hodierno que faz saltar fora a verdadeira função do Magistrado.

Indaga-se, então: No caso em apreço é justo que um Secretário ou Chefe de Gabinete ou Superintendente, cargos de alto escalão da Administração

Acesso ao Sumário

1 "*Compêndio de introdução à ciência do Direito*". 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 469

do Município de São Paulo, receba vencimentos muito aquém de suas responsabilidades?

A resposta é negativa.

É certo dizer que a justiça tem caráter genérico e atinge todas as pessoas; poder-se-ia dizer, assim, que o entendimento ora abraçado estaria dirigido a pequena parcela da comunidade e, portanto, trataria com desigualdade os iguais.

Mas há que se analisar o tema ***cum grano salis***.

Ora, trata-se aqui de subsídios a cargos de cúpula da Administração de uma cidade que ostenta a condição de **maior Município da América do Sul**, sendo o principal centro financeiro, corporativo e mercantil do continente acima citado, com população estimada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE em 11.821.873 de habitantes[2]; a Cidade de São Paulo é considerada a 14ª cidade mais globalizada do Planeta, recebendo a classificação de cidade global alfa por parte do *Globalization and World Cities Study Group & Network* (GaWC)[3].

Para que se atenda ao justo, há que se considerar o grau de responsabilidade dos Cargos elencados na Lei Municipal para a instituição de subsídios, **na exata proporção** do porte do Município por eles gerenciados, pois, ainda que diminuta a abrangência da Lei ela atinge a *justiça total*, caso contrário, ficaria a Urbe, de tamanha importância no cenário nacional, à míngua de bons servidores.

Este exercício de proporcionalidade de dar a cada um segundo o que lhe é devido na medida de seus méritos é o que se chama de Justiça Distributiva, onde se apura um mérito de cada um, de cada sujeito, razão pela qual não é equivocado sustentar que, em certos casos, esta é a finalidade do Poder Judiciário que, em suma, personifica a Justiça.

“Na lição de BITTAR[4], “A justiça distributiva é a que se observa na distribuição pela ***polis***, isto é, pelo Estado, de bens, honrarias, cargos, assim como **responsabilidades**, deveres e impostos.”. ***(g.n.)***

ARISTÓTELES[5], na famosa obra “Ética a Nicômaco”, afirma que: “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa.

2 FONTE: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2013/estimativa_2013_dou.pdf

3 http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%A3o_Paulo_(cidade)

4 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 133.

5 *Op. cit.* São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 197 e 199.

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

O justo nesta acepção é, portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso, um quinhão se torna muito grande e outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno. No caso do mal o inverso é verdadeiro, pois o mal maior, já que o mal menor deve ser escolhido em preferência ao maior, e o que é digno de escolha é um bem, e o que é mais digno de escolha é um bem ainda maior."

Não se trata aqui de ativismo judicial – a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance – mas, sim, de deixar claro que, sem fugir ao bom senso, por vezes o Magistrado tem que decidir de forma diversa do arbítrio volitivo do legislador, desde que o faça com fundamentação racional.

Entretanto, no caso ***sub analise*** a interpretação da lei – função precípua do Juiz – significa desvendar o conteúdo da norma, daí porque o ***decisum*** exsurge como um compromisso do Estado-juiz para com a comunidade.

Parafraseando o eminente Presidente deste Colendo Tribunal, o Mui Digno Desembargador JOSÉ RENATO NALINI, em artigo inserto no Jornal Estado de São Paulo em 27 de junho de 2014 "*Hoje o Juiz brasileiro precisa refletir a respeito de sua decisão sobre a realidade. Acabou o tempo em que se fazia justiça e o mundo poderia perecer, sem responsabilidade alguma do prolator.*".

Neste diapasão, "Adaptar a lei aos casos concretos, suprir-lhe os erros e as lacunas, mitigar-lhe a rigidez com escopo de ***humanitas***, de ***benignitas***, não significa ser lícito ao juiz, em princípio, julgar ***contra legem***."[6].

Assim, com os pés no chão e os olhos na realidade pelo meu voto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

XAVIER DE AQUINO, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº: 17.396)

Acesso ao Sumário

Com o devido respeito ao entendimento adotado pelo Nobre e Culto Desembargador Relator Sorteado, Doutor Ferreira Rodrigues, que entendeu pela procedência da presente demanda, ouso divergir de seu v. Voto.

Em breve síntese, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da qual requer, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade parcial da "**Tabela 'A', salvo quanto aos cargos de Subprefeito e Secretário-Adjunto,**

6 RAO, Vicente. "*O Direito e a Vida dos Direitos*". SP:RT, 5ª ed., 1999, p. 95.

e das Tabelas 'B' e 'C' do Anexo I; da expressão 'Autarquias e Fundações Municipais' e, por arrastamento, da menção às Tabelas 'B' e 'C', constantes do art. 1º da Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo." (fls. 17)

Para tanto, sustenta, em síntese: ***A)*** que a lei apontada é incompatível com os arts. 111, 115, inciso XI, e 144, todos da Constituição Bandeirante, e com os arts. 29, inciso V, 39, §§ 4º e 8º, ambos da Constituição Federal; ***B)*** que, "**quando o legislador municipal destaca alguns cargos comissionados a serem remunerados por subsídio, alterando seu sistema remuneratório, subtrai dos servidores ocupantes destes cargos comissionados a revisão geral anual da remuneração, viabilizando, por outro lado, aumento em percentagem diferente, tratando de maneira desigual pessoas que constitucionalmente são iguais, vale dizer, servidores públicos não sujeitos pela Constituição Federal ao sistema remuneratório dos subsídios.**" (fls. 12); ***C)*** que o regime de subsídio não "**foi previsto para funcionários que exercem cargos em comissão, mas tão só para determinados cargos públicos (art. 37, § 4º, CF), sendo facultativo para os servidores organizados em carreira (art. 37, § 8º, CF)**" (fls. 13); ***D)*** que, em um contexto normativo em que "**(...) a Constituição Federal restringe os agentes públicos que serão remunerados por subsídio, a Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo, mostra-se incompatível com os dispositivos constitucionais supra apontados, na medida em que se instituiu sistema remuneratório por meio de subsídio para ocupantes dos cargos em comissão e função de confiança do nível de direção superior da Administração Direta e Indireta.**" (fls. 13); ***E)*** que "**a alteração do sistema remuneratório de alguns servidores públicos (ocupantes de cargos comissionados do 2º escalão da Administração Direta e Indireta da Prefeitura), além de violar o princípio da legalidade, afronta o princípio da impessoalidade, eis que favorece parte dos servidores em detrimento de outros vários que continuarão a receber remuneração e estarão sujeitos à revisão geral anual, enquanto os servidores públicos agraciados com o sistema remuneratório de subsídio se beneficiarão de substancioso aumento, evidenciando o desvio de finalidade da lei municipal ora atacada.**" (fls. 15).

Às fls. 19/21, o Nobre e Culto Des. Ribeiro dos Santos indeferiu o pedido de concessão de liminar, determinando-se o prosseguimento da presente demanda.

O Ilustre Prefeito do Município de São Paulo apresentou informações às fls. 33/47, onde defendeu a improcedência do pedido.

A Nobre Procuradoria Geral do Estado de São Paulo deixou de promover a defesa da lei, sob a alegação de que a norma trata de matéria exclusivamente local (fls. 140/142).

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

A Ilustre Presidência da Câmara Municipal de São Paulo/SP manifestou-se às fls. 144/157.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 169/176) pugnou pelo provimento da presente demanda.

Do essencial, é o relatório.

No caso, impugna-se a constitucionalidade da "**Tabela 'A', salvo quanto aos cargos de Subprefeito e Secretário-Adjunto, e das Tabelas 'B' e 'C' do Anexo I; da expressão 'Autarquias e Fundações Municipais' e, por arrastamento, da menção às Tabelas 'B' e 'C', constantes do art. 1º da Lei nº 15.509, de 15 dezembro de 2011, do Município de São Paulo.**" (fls. 17):

"**LEI Nº 15.509, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2011**

(Projeto de Lei nº 550/11, do Executivo, aprovado na forma de Substitutivo do Legislativo)

Institui o regime de subsídio para os cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais; cria os cargos de provimento em comissão que especifica.

GILBERTO KASSAB, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, faz saber que a Câmara Municipal, em sessão de 8 de dezembro de 2011, decretou e eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º. A partir de 1º de janeiro de 2012, passam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, os titulares dos cargos em comissão e funções de confiança do nível de direção superior das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias e Fundações Municipais constantes das Tabelas 'A', 'B' e 'C' do Anexo I integrante desta lei, no qual se discriminam os respectivos valores.

Parágrafo único. Aos valores do subsídio fixado no Anexo I integrante desta lei é vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, observado o disposto no art. 3º e obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, incisos X e XI, da Constituição Federal.

Art. 2º. Estão compreendidas no subsídio e não serão devidas aos titulares dos cargos constantes do Anexo I integrante desta lei as seguintes parcelas remuneratórias:

I – o padrão de vencimento;

II – a gratificação de gabinete prevista no inciso I do art. 100 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979;

III – a verba de representação instituída pelo art. 116 da Lei nº 11.511, 19 de abril de 1994, e legislação subsequente;

IV – as vantagens pessoais de qualquer origem e natureza, inclusive adicionais por tempo de serviço e a sexta-parte;

V – as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho ou de exercício de cargo em comissão ou de função de confiança;

VI – a remuneração relativa ao exercício da função de membro de Conselho de Administração ou Fiscal de empresa pública ou sociedade de economia mista;

VII – abonos;

VIII – outras vantagens pecuniárias, gratificações e adicionais, de qualquer origem e natureza, devidas em razão do exercício dos cargos e funções constantes do Anexo I integrante desta lei, que não estejam expressamente previstas neste artigo.

Art. 3º. Excluem-se da vedação estabelecida no art. 1º desta lei, nos termos da legislação específica, as seguintes espécies remuneratórias:

I – o abono de permanência em serviço;

II – o terço constitucional de férias e seu adiantamento;

III – o décimo terceiro salário e seu adiantamento.

Parágrafo único. O disposto no ‘caput’ deste artigo aplica-se às diárias para viagens e ao auxílio-alimentação.

Art. 4º. O servidor efetivo e o servidor admitido pelas Leis nº 9.160, de 3 de dezembro de 1980, e nº 9.168, de 4 de dezembro de 1980, que vierem a exercer os cargos constantes do Anexo I integrante desta lei, bem como o cargo de Secretário Municipal, poderão optar pelo regime de subsídio ora instituído ou pelo regime de vencimento do cargo efetivo ou função.

§ 1º. Realizada a opção pelo regime de vencimento do cargo efetivo ou função, será observada a legislação específica da remuneração devida ao servidor pelo exercício do cargo em comissão.

§ 2º. O servidor permanecerá vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social do Município de São Paulo – RPPS e a contribuição previdenciária incidirá sobre a remuneração no cargo efetivo ou função, nos termos da legislação pertinente, vedada a inclusão do subsídio na base de contribuição.

§ 3º. O valor correspondente ao subsídio de que trata esta lei não se incorporará ou se tornará permanente, em hipótese alguma, nos vencimentos do servidor.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

Art. 5º. O subsídio será reajustado na mesma data e no mesmo percentual dos reajustes de vencimentos dos servidores municipais na forma da legislação específica.

Art. 6º. Mantidas as modificações ocorridas até a data da publicação desta lei, os cargos e funções de confiança constantes da coluna 'Situação Atual' das Tabelas 'A', 'B' e 'C' do Anexo II integrante desta lei, ficam reconfigurados na conformidade da coluna 'Situação Nova' das mesmas Tabelas, onde se discriminam a denominação, o símbolo de identificação, a quantidade, a parte e tabela, a forma de provimento e a lotação, observadas as seguintes regras:

I – criados, os que constam da coluna 'Situação Nova', sem correspondência na coluna 'Situação Atual';

II – mantidos, com as modificações ocorridas, os que constam das duas colunas;

III – extintos, os que constam da coluna 'Situação Atual', sem correspondência na coluna 'Situação Nova'.

Parágrafo único. Em decorrência do disposto neste artigo fica alterado o Quadro dos Profissionais da Administração – QPA, instituído pela Lei nº 11.511, de 19 de abril de 1994, e legislação subsequente.

Art. 7º. As despesas com a execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 8º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação."

De plano, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, apresentada pela ilustre Presidência da Câmara Municipal de São Paulo-SP, deve-se ser afastada, porquanto, em consonância ao art. 144 da Constituição Bandeirante, os Municípios, "**com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, <u>atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição</u>.**" (destaque adicionado).

Dessa forma, com a devida vênia, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido apenas por ter o Douto Procurador Geral de Justiça utilizado, como parte de sua fundamentação, de dispositivos da Constituição Federal.

No mérito, por sua vez, com a devida vênia, a presente ação é improcedente.

Pois bem, a pretensão de inconstitucionalidade apresentada na petição inicial está fundamentada nos seguintes pontos: a) ausência de previsão na Constituição Federal da possiblidade de conferir o regime remuneratório de subsídio para cargos comissionados; b) desproporcionalidade do percentual do aumento remuneratório; c) violação ao princípio da impessoalidade por conta de tratamento privilegiado despendido aos cargos comissionados previsto na norma impugnada.

Acesso ao Sumário

I. Alegação de impossibilidade de conferir o regime remuneratório de subsídio para cargos comissionados.

Quanto ao primeiro ponto, com todas as vênias, o regime remuneratório por meio de subsídio foi criado com o intuito de dar mais transparência aos destinos do erário, visto que o tal regime contempla uma parcela única, sendo vedado aditamentos ou acréscimo de qualquer espécie (art. 39, § 4º, da CF). Nessa linha, ensina a melhor doutrina:

> **"Com o intuito de tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos, impedindo que fosse constituída por distintas parcelas que se agregassem de maneira a elevar-lhes o montante, a Constituição criou uma modalidade retributiva denominada subsídio. Subsídio é a denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetue por meio dos pagamentos mensais de parcelas únicas, ou seja, indivisas e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie." (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 263 – destaque adicionado)**

> **"Ao falar em parcela única, fica clara a intenção de vedar a fixação dos subsídios em duas partes, uma fixa e outra variável, tal como ocorria com os agentes políticos na vigência da Constituição de 1967. E, ao vedar expressamente o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, também fica clara a intenção de extinguir, para as mesmas categorias de agentes públicos, o sistema remuneratório que vem vigorando tradicionalmente na Administração Pública e que compreende o padrão fixado em lei mais as vantagens pecuniárias de variada natureza previstas na legislação estatutária." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 622 – destaque adicionado)**

> **"A segunda modalidade introduzida com a Reforma Administrativa de 1998 foi denominada subsídio e passou a ser atribuída a certos cargos da estrutura estatal. Essa retribuição mensal do servidor é constituída por uma parcela única, sendo vedados aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie (art. 39, § 4º, da CF). O objetivo da exclusão da parcela variável, formando um todo remuneratório único, é tornar mais visível e controlável a retribuição de determinados cargos, evitando os aumentos descontrolados gerados pela criação de parcelas variáveis sem qualquer critério." (SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. Direito administrativo. 4ª ed., rev., ampl., reform. e atual. Niterói: Impetus, 2010, p. 658 – destaque adicionado)**

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

Esse escopo (clareza e transparência) pode ser notado principalmente no parágrafo 2º da Lei nº 15.509/2011, onde se expõe, de forma expressa, quais parcelas remuneratórias já estão compreendidas no subsídio e quais não serão devidas. Ou seja, há evidente comprometimento com a moralidade e transparência:

Art. 2º. Estão compreendidas no subsídio e não serão devidas aos titulares dos cargos constantes do Anexo I integrante desta lei as seguintes parcelas remuneratórias:

I – o padrão de vencimento;

II – a gratificação de gabinete prevista no inciso I do art. 100 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979;

III – a verba de representação instituída pelo art. 116 da Lei nº 11.511, de 19 de abril de 1994, e legislação subsequente;

IV – as vantagens pessoais de qualquer origem e natureza, inclusive adicionais por tempo de serviço e a sexta-parte;

V – as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho ou de exercício de cargo em comissão ou de função de confiança;

VI – a remuneração relativa ao exercício da função de membro de Conselho de Administração ou Fiscal de empresa pública ou sociedade de economia mista;

VII – abonos;

VIII – outras vantagens pecuniárias, gratificações e adicionais, de qualquer origem e natureza, devidas em razão do exercício dos cargos e funções constantes do Anexo I integrante desta lei, que não estejam expressamente previstas neste artigo. (destaque adicionado)

Assim, a despeito da inexistência de expressa previsão constitucional, não há por que vedar a aplicação do regime de subsídio aos cargos em comissão, pois – como ressaltado – tal sistema prioriza a transparência do destino do erário, vedando, consequentemente, a possibilidade de inserção de acréscimos e aditamentos escusos.

II. Alegação de desproporcionalidade do percentual do aumento remuneratório dos cargos comissionados e funções de confiança em comissão

Acesso ao Sumário

De registro, por ser de rigor, que o Nobre Representante do *Parquet* não contesta o reajuste concedido aos cargos de Subprefeito e Secretário-Adjunto, conforme se extrai deste trecho da petição inicial: "**(...) promover a presente ação direta de inconstitucionalidade em face de parte da Tabela 'A', salvo quanto aos cargos de Subprefeito e Secretário-Adjunto, e das Tabelas 'B' e 'C' do Anexo I; da expressão 'Autarquias e Fundações Municipais' e, por**

arrastamento, da menção às Tabelas ‘B’ e ‘C’, constantes do art. 1º da Lei nº 15.509, de 15 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo, (...).” (fls. 03 – destaque adicionado)

Logo, o Nobre Representante do Ministério Público contesta somente o valor do reajuste dos subsídios dos seguintes cargos (fls. 221/222): ***a)*** Secretário-Executivo Adjunto – Secretaria Executiva de Comunicação (R$ 18.329,39 – dezoito mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e nove centavos); ***b)*** Chefe de Gabinete Pessoal do Prefeito (R$ 17.364,69 – dezessete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e nove centavos); ***c)*** Chefe de Gabinete Pessoal do Vice-Prefeito (R $17.364,69 – dezessete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e nove centavos); ***d)*** Chefe de Gabinete – Secretarias Municipais, Secretaria Executiva de Comunicação e Subprefeituras (R$ 17.364,69 – dezessete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e nove centavos); ***e)*** Superintendente (R$ 18.329,39 – dezoito mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e nove centavos); ***f)*** Presidente – Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (R$ 18.329,39 – dezoito mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e nove centavos); ***g)*** Diretor Geral (R$ 18.329,39 – dezoito mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e nove centavos); ***h)*** Chefe de Gabinete – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – Serviço Funerário do Município de São Paulo e Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (R$ 17.364,69 – dezessete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e nove centavos); ***i)*** Superintendente – Hospital do Servidor Público Municipal (R$ 18.329,39 – dezoito mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e nove centavos); ***j)*** Chefe de Gabinete – Hospital do Servidor Público Municipal (R$ 17.364,69 – dezessete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e nove centavos).

De plano, conforme ressaltado, há de se destacar que, ao valor dos subsídios dos cargos acima elencados, **NÃO PODERÃO SER** acrescidas quaisquer outras parcelas remuneratórias que não sejam as já expressamente previstas no art. 2º da Lei nº 15.509/2011.

Por exemplo, a praxe outrora realizada de acúmulo de **remunerações** do próprio cargo e do desempenho de funções em conselhos não é mais possível (art. 2º da Lei nº 15.509/2011). Isto é, o acúmulo é possível, mas sem qualquer tipo de contraprestação pecuniária (inciso VI, do art. 2º, da Lei nº 15.509/2011: “Art. 2º. Estão compreendidas no subsídio e não serão devidas aos titulares dos cargos constantes do Anexo I integrante desta lei as seguintes parcelas remuneratórias: (...) VI – a remuneração relativa ao exercício da função de membro de Conselho de Administração ou Fiscal de empresa pública ou sociedade de economia mista;”), o que, sem dúvida, prestigia a moralidade administrativa.

E não prospera, com o devido respeito, a alegação de que o reajuste foi desproporcional ou acima do razoável, pois os cargos beneficiados pela adequação

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

remuneratória representam funções ímpares e da cúpula do Poder Executivo Municipal da Cidade de São Paulo, que, aliás, é o maior Município da América do Sul[7], com uma população de mais de 11 (onze) milhões de habitantes[8], tendo um orçamento de **R$ 50.569.325.587,00**[9] (cinquenta bilhões, quinhentos e sessenta e nove milhões, trezentos e vinte e cinco mil, quinhentos e oitenta e sete reais) e um Produto Interno Bruto (PIB) de mais de R$ 470 bi (quatrocentos e setenta e cinco bilhões de reais[10]) (sic), maior Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil e o 10º (décimo) maior do mundo[11], representando, isoladamente, 11,5% (onze e meio por cento) de todo o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro[12].

Ademais, não se pode olvidar que os novos padrões remuneratórios poderão atrair profissionais mais qualificados, objetivo que, certamente, é buscado por todos os munícipes que almejam uma função administrativa adequada e capaz.

Isto é, as remunerações, além de não desbordarem do razoável e do proporcional, permitem a cooptação de profissionais competentes e melhor qualificados para ocuparem cargos de alta relevância.

Registre-se, ainda, por se de rigor, que os valores dos subsídios reajustados pela Lei nº 15.509/2011, que variam entre, aproximadamente, R$ 17.000,00 (dezessete mil reais) e R$ 19.000,00 (dezenove mil reais), estão muito aquém, regra geral, do que auferem profissionais qualificados de equivalente importância no setor privado, como, por exemplo, Diretor Administrativo e Financeiro (R$ 44.012,20 – quarenta e quatro mil, doze reais e vinte centavos[13]), Diretor Jurídico (R$ 40.000,00 – quarenta mil reais[14]), Gerente Jurídico (R$ 25.000,00 – vinte e

7 http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2013/estimativa_dou.shtm. Estimativa populacional 2013 IBGE. Estimativa populacional 2013. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (1 de julho de 2013). Acessado em: 04.06.2014.

8 http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=355030. Acessado em: 04.06.2014.

9 LEI Nº 15.950, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2013. Projeto de Lei nº 695/13, do Executivo, aprovado na forma de Substitutivo do Legislativo. Estima a receita e fixa a despesa do Município de São Paulo para o exercício de 2014.

10 SEADE – Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados. http://produtos.seade.gov.br/produtos/pibmun/. Acessado em: 04.06.2014. E também em: http://cidades.ibge.gov.br/download/mapa_e_municipios.php?lang=&uf=sp. Acessado em: 04.06.2014.

11 http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/11/091109_ranking_cidades_price_rw.shtml . São Paulo será 6ª cidade mais rica do mundo até 2025, diz ranking. Price Waterhouse & Coopers e BBC Brasil (08 de novembro de 2009). Acessado em: 04.06.2014.

12 Produto Interno Bruto dos Municípios 2007-2011. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Página visitada em 21 de dezembro de 2013. Acessado em: 04.06.2014.

13 http://datafolha1.folha.com.br/empregos/levantamentos?reference_date=2014-05-16&segment_id=4&group_id=1&salary_id=119902&find=Enviar. Acessado em: 04.06.2014.

14 http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT293782-16349,00.html. Acessado em: 04.06.2014. E também em: http://www.megacurioso.com.br/economia/40523-site-divulga-ranking-de-profissoes-com-os-melhores-salarios-do-brasil.htm. Acessado em: 04.06.2014.

Acesso ao Sumário

cinco mil reais[15]).

Além disso, no exame dos subsídios reajustados, não se pode esquecer que os referidos cargos comissionados e funções de confiança em comissão não possuem nenhuma estabilidade, sendo de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, fato que, certamente, não atrai profissionais qualificados, principalmente quando os valores ofertados não se mostrem minimamente razoáveis.

III. Alegação de violação ao princípio da impessoalidade e desvio de finalidade

Por fim, é indevido falar em violação ao princípio da impessoalidade ou desvio de finalidade por suposto favorecimento de parte dos servidores públicos em detrimento de outros, porquanto a Lei nº 15.509/2011 apenas realizou reajuste setorial da remuneração de determinados cargos em comissão e funções de confiança em comissão, com base em critérios de conveniência e oportunidade razoáveis que, diante da ausência de evidente ilegalidade ou desproporcionalidade, como já exaustivamente enfrentado, exorbitam da possibilidade de exame pelo Poder Judiciário por representar o chamado mérito administrativo, próprio da discricionariedade do Administrador.

Nessa linha, já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> **(...) 4. As particularidades do caso (distinções orçamentárias e critérios legislativos específicos) conduziriam a uma invasão do mérito administrativo em caso de acolhimento da pretensão do recorrente, o que é permitido apenas em ocorrências excepcionais de flagrante ilegalidade. Em hipóteses análogas: AgRg no Ag 1.298.842/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe 29.6.2010; AgRg nos EDcl no REsp 902.419/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJ 15.2.2008. (...) (AgRg no REsp 1313719/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 28/02/2014 – destaque adicionado)**

Dessa forma, com a devida vênia, não se verifica nenhuma inconstitucionalidade na implantação do regime remuneratório de subsídio aos cargos em comissão e funções de confiança em comissão previstos no Anexo I[16] da Lei nº 15.509/2011. Ao contrário, há – como destacado – maior transparência

---

15 *Ibidem.*

16 a) Secretário-Executivo Adjunto – Secretaria Executiva de Comunicação; b) Chefe de Gabinete Pessoal do Prefeito; c) Chefe de Gabinete Pessoal do Vice-Prefeito; d) Chefe de Gabinete – Secretarias Municipais, Secretaria Executiva de Comunicação e Subprefeituras; e) Superintendente; f) Presidente – Autoridade Municipal de Limpeza Urbana; g) Diretor Geral; h) Chefe de Gabinete – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – Serviço Funerário do Município de São Paulo e Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (R$ 17.364,69 – dezessete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e nove centavos); i) Superintendente – Hospital do Servidor Público Municipal; j) Chefe de Gabinete – Hospital do Servidor Público Municipal.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

nessa forma de remuneração.

E também inexiste violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois as remunerações estipuladas, no caso, correspondem à essencialidade, à responsabilidade e às peculiaridades dos cargos e funções aqui discutidos.

Ante o exposto, com profundo e destacado respeito ao entendimento do Nobre e Culto Desembargador Relator Sorteado, pelo meu voto, julga-se improcedente a presente ação.

ROBERTO MAC CRACKEN, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2041153-91.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, LUIS SOARES DE MELLO, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES E PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 7.237/2014 do Município de Guarulhos. Obrigatoriedade de divulgação no 'site' da Prefeitura de informações relativas a licenças de funcionamento de imóveis expedidas. Não configurada violação à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Executivo.

Acesso ao Sumário

Hipóteses taxativas. Direito à informação de interesse da coletividade. Estímulo ao exercício da cidadania. Norma editada com vistas à transparência da administração e à segurança da comunidade local. Despesas eventualmente criadas não imediatas e não impactantes. Possibilidade, ainda, de absorção pelas dotações orçamentárias próprias, remanejamento ou complementação orçamentária, bem como postergação do planejamento de eventuais novos gastos para o exercício orçamentário subsequente. Ação julgada improcedente.

Jurisprudência - Órgão Esperecial

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei nº 7.237, de 11 de fevereiro de 2014, do Município de Guarulhos, que dispõe sobre "*a obrigatoriedade da Prefeitura de Guarulhos disponibilizar em seu site informações sobre as licenças de funcionamento expedidas com suas respectivas datas de validade dos imóveis com capacidade superior a 50 (cinquenta) pessoas e dá outras providências*". Alega-se a existência de vícios formal e material de inconstitucionalidade no ato normativo, por infringência ao Princípio da Separação dos Poderes. Sustenta-se que, sendo de origem parlamentar, a lei não poderia ter instituído ao Poder Público Municipal a obrigação nela prevista, por tratar de matérias de gestão administrativa, consistentes em criação, estrutura, atribuições, funcionamento, planejamento, regulamentação e gerenciamento de órgãos e serviços da administração pública municipal. Decorre a norma, portanto, de usurpação da esfera de gestão administrativa do Prefeito e de assuntos reservados à iniciativa legislativa exclusiva do Poder Executivo. Aduz-se, ademais, violação a princípios constitucionais orçamentários, pois a lei combatida gera aumento de despesas e obrigações à administração pública, sem indicar os recursos disponíveis, tampouco a compatibilidade das despesas com as demais normas do Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias ou a estimativa do impacto ao orçamento.

A liminar foi deferida (págs. 40/42), **cautelarmente**, para determinar a suspensão da vigência da norma até o julgamento do mérito desta ação.

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, afirmando ausência de interesse na defesa do ato impugnado (págs. 53/55).

A Câmara Municipal de Guarulhos prestou as informações requisitadas às págs. 57/66.

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela improcedência da ação (págs. 70/78).

Acesso ao Sumário

2. A Lei objeto de impugnação neste feito tem a seguinte redação (cf. pág. 35):

"*LEI Nº 7237*

De 11 de fevereiro de 2014.

Autoria: Vereador MARCELO SEMINALDO

'A OBRIGATORIEDADE DA PREFEITURA DE GUARULHOS DISPONIBILIZAR EM SEU SITE INFORMAÇÕES SOBRE AS LICENÇAS DE FUNCIONAMENTO EXPEDIDAS COM SUAS RESPECTIVAS DATAS DE VALIDADE DOS IMÓVEIS COM CAPACIDADE SUPERIOR A 50 (CINQUENTA) PESSOAS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS'

(...)

Art. 1º *Fica o Poder Executivo Municipal obrigado a disponibilizar, todo dia 30 (trinta) de cada mês, no site oficial da Prefeitura do Município de Guarulhos:*

I – a relação de licenças de funcionamento expedidas, com suas respectivas datas de validade, dos imóveis com instalação e funcionamento de atividades comerciais, industriais, institucionais, de prestação de serviços e similares com capacidade de lotação superior a 50 (cinquenta) pessoas;

II – o endereço completo dos imóveis, o nome constante dos estatutos da empresa, o nome utilizado para fins comerciais e de propaganda, a lotação máxima permitida e o nível máximo de ruído (som) permitido para o local.

Art. 2º *Esta Lei será regulamentada por meio de Decreto no prazo de 90 (noventa dias).*

Art. 3º *Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.*

Câmara Municipal de Guarulhos, em 11 de fevereiro de 2014

EDUARDO SOLTUR

Presidente"

3. O exame do conteúdo da lei impugnada, à luz das normas e princípios constitucionais que devem nortear a interpretação legal, conduz à conclusão segura de que **a ação declaratória de inconstitucionalidade é improcedente**.

Não se ignora a existência de precedentes **antigos** deste Órgão Especial sobre o tema, julgados em 2011. Nessas oportunidades, o colegiado decidiu que houvera invasão do Poder Legislativo em atos de atribuição exclusiva do Chefe do Executivo.

No entanto, como se verá, precedentes atuais deste Órgão Especial, em casos análogos, reconheceram a constitucionalidade das leis então atacadas, respaldando este voto divergente.

4. Inicialmente, registre-se que **o diploma legal, ao suplementar a**

Acesso ao Sumário

legislação federal e estadual, no que efetivamente cabe ao Município, deu ainda mais concretude ao princípio constitucional da publicidade e ao direito fundamental à informação, de acordo com competência desse ente federativo prevista no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal.

Não se verifica a alegada inconstitucionalidade por vício de iniciativa, vez que a lei não cria ou extingue cargos, funções ou empregos públicos e não fixa remuneração; **não cria ou extingue Secretarias e órgãos** da Administração Pública; e, finalmente, **não dispõe sobre servidores públicos**, tampouco sobre o seu regime jurídico.

5. Resta evidente, assim, que a lei cuida de matéria não prevista no rol de temas reservados à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (cf. artigo 24, § 2º[1], Constituição Estadual, aplicável por **simetria** ao Município), rol esse que, segundo **posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal**, e por diversas decisões **deste Órgão Especial**[2], é **taxativo**. Extrai-se de reiteradas decisões do **Supremo Tribunal Federal**: "(...) *a jurisprudência que esta Corte consolidou a propósito do tema referente à reserva de iniciativa, sempre excepcional, do processo de formação das leis. Cabe observar, no ponto, por necessário, que o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar a ADI 3.394/AM, Rel. Min. EROS GRAU, apreciando esse específico aspecto da controvérsia, firmou entendimento que torna acolhível a pretensão recursal ora em exame, como resulta evidente da seguinte passagem do voto do eminente Ministro EROS GRAU: 'Afasto, desde logo, a alegada inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, já que, ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Também não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo estadual. As*

1 Constituição Estadual, Artigo 24 – "*A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

(...)

§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX;

3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos".

2 TJSP, Órgão Especial, Adin nº 0250357-83.2012.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. em 08/05/2013; Adin nº 0270082-58.2012.8.26.0000, Rel. Designado Des. Paulo Dimas, j. em 26/06/2013; Adin nº 0269431-26.2012.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. em 05/06/2013.

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em 'numerus clausus', no artigo 61 da Constituição do Brasil, dizendo respeito às matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Não se pode ampliar aquele rol, para abranger toda e qualquer situação que crie despesa para o Estado-membro, em especial quando a lei prospere em benefício da coletividade.' (grifei) Esse entendimento encontra apoio na jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito da iniciativa do processo legislativo (RTJ 133/1044 – RTJ 176/1066-1067), como o revela fragmento do julgado a seguir reproduzido: '(...) – A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve, necessariamente, derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. (...).' (RTJ 179/77, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)"[3]. "*O respeito às atribuições resultantes da divisão funcional do Poder constitui pressuposto de legitimação material das resoluções estatais, notadamente das leis. – Prevalece, em nosso sistema jurídico, o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo legislativo. Não se presume, em conseqüência,* ***a reserva de iniciativa, que deve resultar – em face do seu caráter excepcional – de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em 'numerus clausus', as hipóteses em que essa cláusula de privatividade regerá a instauração do processo de formação das leis***"[4]. "*(...) Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local.* ***Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em 'numerus clausus', no artigo 61 da Constituição do Brasil*** *(...)*"[5] "*(...)* ***Prevalece, em nosso sistema jurídico, o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo legislativo. Não se presume, em conseqüência, a reserva de iniciativa, que deve resultar – em face do seu caráter excepcional – de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em 'numerus clausus', as hipóteses em que essa cláusula de privatividade regerá a instauração do processo de formação das leis.***"[6].

Não prospera, igualmente, de acordo com esses precedentes da Suprema Corte, o argumento de que qualquer projeto de lei que crie despesa somente

3 RE 702848 – Rel. Celso de Mello – j. em 29/04/2013, DJe-089 DIVULG 13/05/2013 PUBLIC 14/05/2013

4 ADI 776-MC/RS – Pleno – Rel. Celso de Mello – DJ 15/12/2006

5 ADI 3394/AM – Pleno – Rel. Eros Grau – DJ 24/08/2007

6 ADI 776-MC/RS – Pleno – Rel. Celso de Mello – DJ 15/12/2006

Acesso ao Sumário

deverá ser proposto pelo Chefe do Executivo. Sendo exaustivas e excepcionais as hipóteses de competência privativa do Prefeito para deflagrar o processo de formação das leis, não se pode presumir, tampouco ampliar o sentido dos temas definidos pelo constituinte estadual.

6. Aliás, espera-se das autoridades municipais que, de acordo com sua competência e autonomia constitucionalmente garantidas[7], divulguem ao munícipe e à sociedade, da forma mais ampla e transparente possível, informações de interesse público. O comando legal ora atacado nada mais fez do que determinar a divulgação de informação pública relevante – com claro intuito de, conforme destacado na justificativa do projeto de lei, "*prestar informações para os cidadãos sobre a segurança, higiene e condições de funcionamento de locais que por esta lei estão sob sua vigilância*" (pág. 26) – e, assim, também fomentar o exercício da cidadania.

7. Ao discorrer sobre os princípios constitucionais do Direito Administrativo, **Celso Antônio Bandeira de Mello** elucida a conexão umbilical entre o princípio da publicidade e o direito à informação sobre assuntos de interesse público, e com os fundamentos do Estado brasileiro: "*não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) (...).*"[8]

8. Ante a preocupação cada vez maior das autoridades públicas, em todas as esferas, de implementar medidas que deem efetividade aos direitos à informação e à publicidade, foi editada a Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como "Lei de Acesso à Informação"[9]. Como diretrizes[10], a norma prevê: "***I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle***

7 Constituição do Estado de São Paulo, "*Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição*"

8 Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 117, grifado.

9 Regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal.

10 Artigo 3º, Lei nº 12.527/2011.

Jurisprudência - Órgão Esperical
Acesso ao Sumário

social da administração pública.” (grifado).

O artigo 8º da Lei nº 12.527/2011 impõe, dentre outros, o dever dos órgãos e entidades públicas de “***promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiada***. *§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o* ***caput****, deverão constar, no mínimo:* (...) ***V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades*** **(...)** ***§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)*** ” (grifado).

9. Sendo certo que essas normas gerais se aplicam a todos os entes da federação, vale observar que o novo ato normativo de Guarulhos facilita o acesso da comunidade local a informações que permitem melhor controle das ações do Poder Público e oportunizam ao cidadão ter conhecimento sobre a regularidade do funcionamento de imóveis comerciais, industriais, institucionais, bem como imóveis de prestadores de serviço, visando à segurança da comunidade local.

10. As regras nacionais de amplo acesso da população às informações de interesse público tornam induvidosa a adequação da lei municipal de Guarulhos às Constituições Estadual e Federal.

11. Importante lembrar que ao Executivo e ao Legislativo correspondem, tipicamente, funções específicas e separadas. Consta da obra “*Direito Municipal Brasileiro*”, de **Hely Lopes Meirelles**: “*em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê ‘in genere’, o Executivo ‘in specie’; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental*”. E arremata o autor: “*A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução*.”[11]

12. Indubitável que a lei em debate **não se constitui em ato concreto de administração**. Cuida-se de norma geral obrigatória, emanada a fim de

11 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador), Malheiros Editores, p. 631, grifado.

proteger interesses da comunidade local, cabendo ao Município implementá-la por meio de **provisões especiais**, com respaldo no seu poder regulamentar[12] (cf. artigos 84, IV, CF, e 47, III, CE), **respeitadas a conveniência e oportunidade da Administração Pública**.

Sendo assim, não se pode afirmar que houve usurpação das atribuições do Poder Executivo.

Se já evidenciado, inclusive com amparo em precedentes do **Supremo Tribunal Federal**, que a matéria veiculada na Lei Municipal nº 7.237, de 11 de fevereiro de 2014, não está reservada à iniciativa do Chefe do Executivo e muito menos consiste em ato de gestão, inadmissível afirmar-se a sua inconstitucionalidade formal ou material.

13. Também não se constata qualquer contrariedade à Constituição Estadual unicamente por gerar a lei ônus à Administração Pública.

A execução das leis está entre as atividades típicas do Poder Executivo, sendo inerente à sua atuação, dessa forma, é lícito ao Poder Legislativo Municipal impor ao Executivo local o exercício dessas funções, desde que não crie programas abrangentes de fiscalização ou submeta a Administração a prazos ou cronogramas rígidos.

Nesse particular, há inclusive precedente do **Supremo Tribunal Federal** – em que igualmente se rejeitaram os argumentos de usurpação de atribuições do Chefe do Poder Executivo e de criação inconstitucional de despesas –, no sentido de que **o prazo de noventa dias é razoável para que a Administração Pública regulamente sua atribuição prevista em lei**: “*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.137, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PROTOCOLO DIGITAL DE INFORMAÇÕES. ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. GARANTIA AOS CIDADÃOS DE REGISTRO DOS REQUERIMENTOS DIRIGIDOS À ADMINISTRAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A lei estadual resume-se a obviar a documentação dos pedidos encaminhados à Administração Pública pelo cidadão. Consoante disciplina o seu artigo 3º, essas solicitações serão identificadas através de números e ao peticionário será entregue a prova de seu requerimento. Consubstancia garantia de registro dos requerimentos. 2. Incabível a alegação de ofensa ao disposto na alínea ‘b’ do inciso II do § 1º do artigo 61. Esta Corte já decidiu que o preceito não é de observância obrigatória para os Estados-membros, mas apenas para os Territórios. Precedentes. 3. **<u>É certo que o ato normativo não cria despesas imediatas para o Estado-membro. Tratando-se, no caso, de simples regulamento de execução, o prazo de 90 dias é razoável</u>***

12 De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*melhor seria designar tal atribuição como ‘dever regulamentar’, pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandam tal providência, e não meramente um ‘poder’ de fazê-lo*” (Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 357).

<u>para que o Executivo exerça função regulamentar de sua atribuição</u>*. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.*" (ADI 2.638/SC, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 09 de junho de 2006, grifado).

Dessa forma, caberá ao Executivo, segundo critérios de oportunidade e conveniência, exarar normas administrativas que, ao **darem cumprimento** à referida lei, adequem a sua estrutura preexistente.

Também não se pode deixar de dar efetividade ao direito à informação sobre os assuntos públicos – dogma de aplicabilidade imediata[13] estampado nas Constituições Federal e/ou Estadual[14] – sob o pretexto de ausência de indicação de recursos financeiros para a espécie de encargos gerados, os quais, vale enfatizar, **não se mostram impactantes o suficiente a ensejar a necessidade de previsão específica de novas fontes financeiras**.

Não bastasse a não criação de gastos imediatos pela Lei nº 7.237/2014, a norma apenas determina a inserção de dados no *site*, já existente[15]**, da Prefeitura de Guarulhos, tarefa que pode ser realizada por funcionário(s) já designado(s) para tanto**. Nesse sentido: "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 1.361, de 16 de maio de 2013, do Município de Iacanga, que impõe três obrigações ao Poder Executivo, assim analisadas separadamente: 1 – Publicação de planilhas e Relatórios no Site Oficial da Secretaria Municipal de Educação, anualmente, contendo indicadores educacionais. VÍCIO DE INICIATIVA. Inexistência. Norma que não interfere na forma de prestação do serviço público de educação, e nem institui alguma espécie de fiscalização da qualidade de ensino, tratando-se na verdade, de norma relacionada ao direito à informação, que está expressamente previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, com exercício regulado, no âmbito Federal, pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Providência, ademais, que não gera despesas para a administração, uma vez que a inserção dos novos dados no site da Secretaria da Educação pode ser efetuada pelo mesmo funcionário já incumbido de executar serviços dessa natureza, sem necessidade, portanto, de designação de servidor específico para esse fim.*(...)"[16]. "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 3.503, de 19 de <u>março de 2012,</u> de iniciativa parlamentar, que estabelece a disponibilização,*

13 Cf. Constituição Federal, artigo 5º:

(...)

§ 1º – "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm <u>aplicação imediata</u>.*" (grifado).

§ 2º – "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*".

14 Artigos 5º, XXXIII; 37, *caput* e § 1º, todos da Constituição Federal e 111 da Constituição Estadual

15 <u>http://www.guarulhos.sp.gov.br/</u> - acesso em 5 de junho de 2014

16 TJSP – Órgão Especial – ADIN 0143068-57.2013.8.26.000 – Rel. Antonio Luiz Pires Neto – j. 29.01.2014

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

pelo Poder Executivo, na página do Município na internet, do 'Portal da Transparência Pública de Ubatuba' – Vício de iniciativa não identificado – Lei em comento que apenas versou tema de interesse geral da população, concernente a informações relativas à atuação da Administração Pública Municipal, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, que seria afeta apenas ao Poder Executivo – Acesso da população a registros administrativos e a informações sobre atos de governo que, ademais, se insere dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na CF (art. 5º, XXXIII), tendo seu exercício regulado na Lei Federal nº 12.527/2011 – Município de Ubatuba que, outrossim, já possui página própria na rede mundial de computadores, a qual requer permanente atualização e manutenção, serviços para os quais certamente funcionários já foram designados – Determinação de inserção de novos dados, na forma definida na legislação ora impugnada, que, destarte, não representa qualquer incremento na despesa do ente público local e nem tampouco intromissão nas atribuições funcionais dos servidores envolvidos, uma vez que atinentes às mesmas obrigações que já lhes haviam sido destinadas – Inocorrência, nessa linha, de violação ao princípio da separação dos poderes – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente"[17]

14. Por fim, ainda que se vislumbrasse ínfimo aumento da despesa da Administração Pública para a execução da lei, não prevalecem os argumentos de inconstitucionalidade por alegada violação ao artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo, visto que a suposta carência de recursos importaria, no máximo, na inexequibilidade do programa estabelecido no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada a referida lei.

O orçamento da Administração Pública, instrumento técnico e político destinado à previsão das receitas do Estado, bem como à alocação desses recursos, é plano de gastos elaborado pelo Poder Executivo e condicionado à aprovação do Poder Legislativo, e possui – conquanto mantenha seu inarredável caráter técnico-contábil, de conteúdo financeiro – diferentes graus de concretude em suas previsões, bem como possibilidades diversas de complementação de suas dotações.

O planejamento orçamentário inicia-se com o plano plurianual (PPA), planejamento orçamentário quadrienal, que, nos termos da Constituição Estadual, "*estabelecerá as diretrizes, objetivos e metas da administração pública estadual para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada*"; e concretiza-se, ano a ano, com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária anual (LOA), devendo a primeira contemplar "*as metas e prioridades da administração pública estadual, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro*

17 TJSP – Órgão Especial – ADIN 0270082-58.2012.8.26.0000 – Rel. Paulo Dimas Mascaretti – j. 26.06.2013

subseqüente", de forma a orientar a elaboração da lei orçamentária anual, bem como dispor "*sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento*"; deve a última, por fim, efetivar os planejamentos e diretrizes orçamentárias em um plano anual de verbas e gastos, para custeio das despesas dos três poderes, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações e empresas instituídas e mantidas pelo Poder Público, da seguridade social e do pagamento de precatórios judiciais.

Tais preceitos, por óbvio, deverão ser observados também pelos Municípios, que elaborarão seu planejamento orçamentário de forma autônoma, atendendo às disposições gerais das constituições Federal e Estadual.

Tem-se, dessa forma, que, sobrevindo em determinado exercício orçamentário norma que tenha por consequência a assunção de gastos pela Administração Pública, esses gastos poderão ser absorvidos pelo orçamento de três maneiras: (I) através de sua inserção nos gastos já previstos, seja por meio da utilização de reserva orçamentária de determinada rubrica, seja pelo remanejamento de verbas previstas e não utilizadas; (II) pela complementação do orçamento aprovado com verbas adicionais, através de créditos suplementares àqueles devidamente autorizados, ou de créditos especiais ou extraordinários; ou, por fim, quando inviável essa complementação, (III) através de sua inserção no planejamento orçamentário do exercício subsequente.

Entende-se, assim, que a falta de previsão de dotação orçamentária específica não poderá se constituir em inafastável vício de constitucionalidade, vez que possíveis tanto o remanejamento orçamentário, quanto sua complementação com verbas adicionais para a acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a administração preserve a integridade de suas finanças.

Neste sentido dispõe a própria Constituição do Estado, que veda, em seu artigo 176, o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Ausente específica previsão orçamentária do gasto, e restando impossível a complementação do orçamento, deverá o dispêndio ser incluído já no orçamento subsequente.

Tratar-se-ia, portanto, de mero caso de inexequibilidade da norma, fundamento que, todavia, não se presta a torná-la inconstitucional, sobretudo porque o encargo criado no presente caso não gera impacto no orçamento, mas apenas, reitera-se, obrigatoriedade de inclusão de dados no sítio eletrônico já existente.

Acesso ao Sumário

15. Nesse esteio firmou-se a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, que afirma reiteradamente que a mera carência de dotação orçamentária específica não pode conduzir ao reconhecimento da existência de vício de constitucionalidade, importando, no máximo, a inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada.

A esse título, veja-se o voto do Ministro Nelson Jobim, relator da ADI 2.343: "*Eu não vislumbro, em análise preliminar,* ***vinculação da criação de cargo com a atual receita orçamentária****. A própria lei previa que isso seria para o futuro e que, na medida em que a Lei de Diretrizes pudesse atender os percentuais,* ***seriam preenchidos os cargos na medida das permissibilidades orçamentárias****, decorrentes da Lei de Diretrizes Orçamentárias. (...)* ***Observa-se que o conteúdo material da norma encerra uma proposição no tempo futuro a ser cumprida pelo Poder Executivo****. O que a Lei de Diretrizes Orçamentárias gera ao disciplinar servirá de parâmetros, obedecendo os limites a ela impostos.* ***Este Tribunal já se pronunciou no sentido de que a inexistência de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias torna inexequível, no exercício em que ela vige, as providências não autorizadas, mas não as invalida, nem as nulifica****.*"[18]

Esse precedente foi, por diversas vezes, reafirmado por aquela Corte, conforme se verifica do seguinte excerto, retirado de voto do **Ministro Gilmar Mendes** no julgamento da ADI 3.599: "*O tema é conhecido do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo. Na ADI 1292-MT, Rel. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 15.9.1995, sagrou-se o entendimento de que* ***não se viabiliza controle abstrato de constitucionalidade*** *quando se pretende confrontar norma que impõe despesa alusiva à vantagem funcional e ao art. 169 da Constituição,* ***pois a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão somente a sua aplicação naquele exercício financeiro****. Outros precedentes seguiram-se,* ***todos no sentido do não conhecimento da ação direta quando fundada no argumento da ausência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas*** *(ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 3.4.1998; ADI 2.339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003).*"[19]

16. Inexiste, assim, na norma impugnada, qualquer ofensa à Constituição Estadual pelos motivos suscitados na inicial.

17. Ante o exposto, julga-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, revogando-se a liminar.

---

18 ADI 2343/SC – Rel. Min. Nelson Jobim, j. 29.03.2001

19 ADI 3599/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 21.05.2007

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0069060-12.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ANHEMBI, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANHEMBI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.902)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Anhembi – Lei municipal que "estabelece as hipóteses de impedimento para nomeação, designação ou contratação, em comissão, de funções, cargos e empregos na Administração Pública direta e indireta do município" – Impedimentos que equivalem a hipóteses de inelegibilidade prevista em lei federal – Vício de iniciativa – Inocorrência – Matéria que não é da competência privativa do Poder Executivo – Precedentes do Órgão Especial – Ação julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com que o Prefeito do Município de Anhembi se volta contra a Lei Municipal nº 1.990, de 18/3/13, que "estabelece as hipóteses de impedimento para nomeação, designação ou contratação, em comissão, de funções, cargos e empregos na Administração

Pública direta e indireta do município e outras providências". Tudo conforme consta da petição inicial de fls. 02/16, aditada a fls. 167/168 para retificação do polo ativo.

Indeferiu-se a medida liminar por despacho de fls. 175.

A Câmara Municipal de Anhembi não apresentou informações, conforme certificado a fls. 187.

A douta Procuradoria de Justiça se manifestou a fls. 189/204 pela improcedência da ação.

É o relatório.

A lei aqui atacada tem o seguinte teor:

Art. 1º. A presente Lei, cognominada "Lei da Ficha Limpa Municipal", determina que não serão nomeados, designados ou contratados, a título comissionado, para o exercício de funções, cargos e empregos na administração pública direta e indireta do Município:

I – Os que tenham contra sua pessoa ação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, que implique inelegibilidade;

II – Os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, pelos crimes:

a) – contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público, as finanças públicas e a ordem tributária;

b) – contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

c) – contra o meio ambiente e a saúde pública;

d) – eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

e) – de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

f) – de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

g) – de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

h) – de redução à condição análoga à de escravo;

i) – contra a vida e a dignidade sexual; e,

j) – praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

III – os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis;

IV – os que tiverem suas contas relativas ao exercício de funções, cargos ou empregos públicos rejeitadas por irregularidade insanável, assim reconhecida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, e que configure ato doloso de improbidade administrativa;

V – os detentores de funções, cargos e empregos na administração

pública direta e indireta que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado;

VI – os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos doze meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;

VII – o sócio administrador de sociedade empresária responsável pela prática de ato de que tenha resultado a declaração de inidoneidade da sociedade, reconhecida em ação judicial transitada em julgado;

VIII – os que forem condenados em ação de improbidade administrativa, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado;

IX – os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional;

X – os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo irrecorrível ou decisão judicial transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado; e,

XI – os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar.

§ 1°. Para fins de aplicação deste artigo, será considerado o período de 08 (oito) anos que antecede a nomeação, designação ou contratação, ressalvadas as penalidades em curso.

§ 2°. As hipóteses de impedimento deste artigo não excluem outras previstas na legislação federal e estadual.

Art. 2º. A posse ou o exercício relativos a funções, cargos e empregos a que se refere esta Lei ficam condicionados à apresentação ou declaração constante do Anexo.

Parágrafo Único. A apresentação da declaração a que se refere o caput será prévia à nomeação ou designação de dirigentes de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Art. 3º. É vedado conceder, permitir ou autorizar a prestação de serviços públicos e a execução de obras públicas a pessoas físicas que se enquadrem nas condições de impedimento prevista nesta lei ou a pessoas jurídicas cujos sócios, ocupantes de cargos de direção ou membros de conselhos, diretores, executivos, fiscais ou consultivos estejam na mesma situação.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Art. 4º. Os titulares de funções, cargos e empregos de provimento em comissão na administração pública direta e indireta deverão apresentar a declaração de que trata o art. 2º ao titular do órgão ou entidade a que se encontrar vinculado, no prazo máximo de 30 (trinta) dias da publicação desta Lei.

Art. 5º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

Trata-se de lei que, em suma, veda a nomeação para cargos em comissão e funções de confiança de pessoas que se encontrem nas condições que, de acordo com a Lei Complementar Federal nº 135/10, também conhecida como "Lei Ficha Limpa", instituiu como hipóteses de inelegibilidade, eis que as hipóteses elencadas na lei municipal são praticamente transcrições de dispositivos da norma federal.

Segundo o que se alega na petição inicial, a lei, ao instituir hipóteses de impedimento à nomeação de servidores, interfere na organização administrativa, matéria de competência exclusiva do Poder Executivo.

Mas, como bem ressaltou a douta Procuradoria de Justiça a fls. 196, "a imposição de restrições à nomeação para cargos, empregos ou funções de direção e chefia, baseada em hipóteses de inelegibilidade, não se trata de ingerência do Poder Legislativo na esfera de atribuição do Poder Executivo em violação ao princípio da separação dos Poderes".

A lei, de fato, limita a atuação da administração, mas sem interferir no que há de discricionário nessa atuação, o que, por si só, não implica invasão da esfera de competência do Poder Executivo. Os critérios utilizados pela lei em questão, como se vê, são aqueles que, em consonância com a lei federal e os preceitos da própria Constituição Federal, visam a resguardar a moralidade no trato da coisa pública.

Ao se respaldar na legislação federal, remetendo aos critérios de inelegibilidade para vedar também o acesso dos inelegíveis ao serviço público por outras vias, a lei municipal não adentra a seara do juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

A lei também não versa sobre matéria que esteja reservada constitucionalmente à iniciativa privativa do prefeito municipal, eis que ela não cria cargos e nem despesas e nem interfere em questões da Administração, que apenas fica impossibilitada de oferecer cargos e funções no serviço público a quem seja considerado inelegível pela lei federal.

Esta questão não é nova e este Órgão já julgou improcedentes, por exemplo, as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 3.441, de 30 de setembro de 2011, de Mirassol – Projeto de iniciativa

Acesso ao Sumário

de Vereador – Diploma legislativo que dispõe sobre a nomeação para cargos em comissão no âmbito dos órgãos do Poder Executivo, Poder Legislativo Municipal e Autarquias de Mirassol e dá outras providências – Estabelecimento de restrições à nomeação de pessoa para o exercício de função pública inerente ao cargo em comissão – Restrições semelhantes à estabelecida pela ‘Lei da Ficha Limpa’ (LC nº 135/2010) – Moralidade administrativa que se revela como princípio constitucional da mais alta envergadura – Exigência de honorabilidade para o exercício da função pública que não se insere nas matérias de reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – Ausente o vício de iniciativa – Exonerações de servidores contratados em descompasso com esta lei que não consubstancia aplicação retroativa do diploma legal – Precedentes deste Órgão Especial que cuidaram de situações análogas neste mesmo sentido – Lei Municipal reputada constitucional – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, revogada a liminar”. ADIn nº 0301346-30.2011.8.26.0000, relator De Santi Ribeiro, j. 30.5.12.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. Inocorrência. Emenda 01/12 à Lei Orgânica Municipal de Teodoro Sampaio, que adicionou as alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’, ‘f’ e ‘g’ ao inciso II, do artigo 82. A lei em tela não dispõe sobre a criação de cargos públicos nem invade competência exclusiva do Executivo. Em aplicação do princípio da moralidade da administração pública estabelece critérios éticos de aptidão para o exercício de tais cargos. Sem fundamento a alegação de usurpação de funções típicas. Afastado o pedido de inconstitucionalidade da legislação em combate para, contrariamente, declarar o seu caráter CONSTITUCIONAL. Ação julgada improcedente”. ADIn nº 0160938-52.2012.8.26.0000, relator Roberto Mac Cracken, j. 23.1.13.

“Ação direta de inconstitucionalidade – Emenda nº 49/12, que acrescentou, à Lei Orgânica do Município de Santa Isabel, os artigos 76-A e 98-A (os quais estabelecem vedação à nomeação de agentes públicos ou privados para o exercício de funções comissionadas no âmbito da Administração Pública Municipal) – Inocorrência do alegado vício de inconstitucionalidade formal subjetiva, eis que inexistente a propalada invasão à esfera de competência privativa do Chefe do Poder Executivo – Precedente deste Colendo Órgão Especial – Ação improcedente”. ADIn nº 0150492-87.2012.8.26.0000, relator Guilherme G. Strenger, j. 07.11.12.

Ante o exposto, na esteira desses precedentes e acolhido mais o parecer da douta Procuradoria de Justiça de fls. 189/204, julgo improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024801-58.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE MONTE ALTO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MONTE ALTO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.412)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Emendas Modificativas editadas pela Câmara Municipal de Monte Alto, que alteraram dispositivo da Lei Orgânica daquele Município de modo a atribuir ao Prefeito Municipal a incumbência de "*procurar, de forma direta ou indireta, os recursos financeiros para subsidiar em 100% (cem por cento) os custos com o transporte rodoviário de estudantes*". Atos que não se limitaram a carrear ao Prefeito mera incumbência, mas conferiram eles mesmos subsídio integral ao transporte de estudantes. Vício de iniciativa reconhecido. Quebra do princípio da independência dos poderes. Presença, ademais, de aumento de despesa sem correspondente fonte de custeio. Violação dos artigos 5º, 25 e 47, incisos II e XIV da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Emenda Modificativa nº 5, de 24 de setembro de 2013, da Câmara Municipal de Monte Alto, que alterou o inciso XXVII do artigo 22 da Lei Orgânica daquele Município de modo a conferir ao Prefeito Municipal a incumbência de "*procurar, de forma direta ou indireta, os recursos financeiros para subsidiar em 100% (cem por cento) os custos com os serviços de transporte rodoviário a estudantes do ensino superior, ou técnico, residentes no município, a outras localidades próximas para cursos não existentes no município, ou existentes, mas com número de vagas insuficientes para os interessados*".

A autora alega que o aludido diploma fere os artigos 5º, 25, 47 incisos II e XIV, e 144 da Constituição paulista, já que trata de tema da competência exclusiva do Chefe do Executivo e interfere na administração municipal, além de ter criado despesa sem fonte de custeio definida.

A liminar foi concedida.

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações, tendo afirmado descabida ação direta de inconstitucionalidade contra lei de efeitos concretos e sustentado a constitucionalidade daquele diploma, tendo a propósito enfatizado que o objetivo é oferecer melhor condição de transporte aos estudantes do ensino superior ou técnico.

O Procurador Geral do Estado manifestou-se no sentido de inexistir interesse estadual no feito e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

Em aditamento à petição inicial a autora informou que no curso do processo a Câmara Municipal editou a Emenda Modificativa nº 2/2014, pelo qual alterou novamente a redação do inciso XXVII do artigo 22 da Lei Orgânica do Município e lhe acrescentou § único.

A liminar foi estendida àquele segundo ato e o Presidente da Câmara Municipal reiterou as informações prestadas.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A propositura se volta contra as Emendas Modificativas nº 5, de 24 de setembro de 2013, e nº 2, de 24 de março de 2014, ambas do Município de Monte Alto, de iniciativa parlamentar, que alteraram o inciso XXVII do artigo 22 da Lei Orgânica daquele Município de modo a atribuir ao Prefeito Municipal a incumbência de "*procurar de forma direta ou indireta os recursos financeiros para subsidiar em 100% (cem por cento) os custos com os serviços de transporte rodoviário a estudantes do ensino superior, técnico e de curso pré-vestibular, residentes no município, a outras localidades próximas para cursos não existentes no município, ou existentes, mas com número de vagas insuficientes para os interessados.*"

A segunda Emenda acrescentou ao referido dispositivo o parágrafo único, que incluiu naquele regime "*Curso pré-vestibular, desde que o mesmo seja gratuito.*"

De pronto se vê que a propositura não se volta contra atos legislativos de efeitos concretos, eis que os diplomas aqui impugnados tratam de coletividade de estudantes de modo geral e abstrato, sendo suscetíveis, pois, de controle jurisdicional de constitucionalidade por meio de ação direta.

Motivo não há, pois, para dizer caracterizado o óbice formal apontado nas informações.

Pois bem.

Os atos aqui impugnados atribuíram ao Prefeito Municipal a incumbência de "*procurar de forma direta ou indireta os recursos financeiros para subsidiar em 100% (cem por cento) os custos com os serviços de transporte rodoviário a estudantes do ensino superior, técnico e de curso pré-vestibular, residentes no município.*"

Note-se que os aludidos atos não se limitaram a carrear ao Prefeito mera incumbência, como sugere a primeira parte de seu texto, mas conferiram eles mesmos subsídio integral àquela categoria de estudantes.

Aliás, isso é reconhecido nas informações prestadas pela Câmara Municipal, já que esse órgão admite que as Emendas serviram para "*garantir o subsídio de 100% (cem por cento) dos custos com o transporte de estudantes*" (fls. 30).

Pois ao assim dispor elas avançaram sobre área reservada à competência exclusiva do chefe do Executivo, eis que vieram a tratar de gestão administrativa, no caso a concessão de subsídio a estudantes para transporte rodoviário.

Pertinente se mostra a observação contida na petição inicial:

"*Ademais, como já explanado anteriormente, a norma combatida tirou a liberdade da Administração Municipal na melhor adequação dos recursos públicos pertinentes. Com efeito, quando aquela impõe a obrigatoriedade de custeio em 100% (cem por cento), de se notar que o juízo de conveniência e da oportunidade, necessário quando analisamos a necessidade de economia frente às despesas, fica amplamente prejudicado.*" (fls. 9).

Ao lado disso os referidos atos criaram despesa sem fonte de custeio definida, eis que, como é evidente, o custo do transporte subsidiado haverá de ser suportado pelos cofres públicos, o que impunha indicar a rubrica destinada a essa despesa.

Tal particularidade mostra-se aqui relevante, já que o artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo dispõe que "*Nenhum projeto de lei que implique a criação ou aumento de despesa pública será sancionado sem que*

Acesso ao Sumário

dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos".

Em suma, os aludidos atos violaram os artigos 5º, 25 e 47 incisos II e XIV da Constituição do Estado de São Paulo, que se aplicam aos municípios ante a simetria prevista em seu artigo 144.

Em casos análogos, aliás, na linha aqui indicada tem decidido este Órgão Especial:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 3.101, de 5 de abril de 2013, do Munícipio de Santa Rita do Passa Quatro – Transporte de alunos da rede pública de ensino, residentes na zona rural e em locais de difícil acesso – Vício de Iniciativa – Ocorrência. A norma de iniciativa do Poder Legislativo, em matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, e que cria despesa sem explicitar a respectiva fonte de custeio, evidencia vício de iniciativa caracterizador de sua inconstitucionalidade. Ação procedente.*" (ADIN nº 0079480-76.2013.8.26.0000, Relator Itamar Gaino, 23/10/2013).

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Norma municipal, de iniciativa parlamentar, que estende gratuidade do transporte coletivo municipal aos idosos entre 60 e 65 anos de idade – Vício de iniciativa – Usurpação de competência do chefe do executivo – Criação de despesas sem prévia dotação orçamentária – Inconstitucionalidade reconhecida.*" (ADIN nº 0052667-80.2011.8.26.0000 rel. Des. Arthur Marques).

Inevitável, pois, é o acolhimento do pedido da autora.

Assim, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade das Emendas Modificativas nº 5, de 23 de setembro de 2013, e nº 2, de 24 de março de 2014, do Município de Monte Alto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2020178-48.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUAÍRA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUAÍRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.603)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA,

PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL e WALTER DE ALMEIDA GUILHERME.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO LEGISLATIVO QUE SUSTOU DECRETO MUNICIPAL RELATIVO A MAJORAÇÃO DAS TARIFAS DE ÁGUA E ESGOTO – IMPOSSIBILIDADE – Hipótese em que o Chefe do Poder Executivo não exorbitou de seus poderes – Vício formal – Invasão de competência do Legislativo – Ofensa ao princípio da harmonia e independência entre os Poderes – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ajuizada pelo PREFEITO DE GUAÍRA contra o PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUAÍRA, objetivando impugnar a validade constitucional do Decreto Legislativo nº 107/2014, que sustou o Decreto Municipal nº 4.327/2013, que dispõe sobre o reajuste de tarifas de água e esgoto para o exercício de 2014 daquela localidade, tendo em vista o desrespeito aos princípios da harmonia e da independência entre os Poderes.

Em breve síntese de suas alegações, assevera o autor que tanto os vereadores, quanto a população, foram convidados, por anúncio nos meios de comunicação, a participar de audiência pública destinada a discutir a regulamentação dos serviços essenciais de fornecimento de água tratada, afastamento e tratamento de água e esgoto, bem como ajusta remuneração dos serviços prestados, a garantir a sustentabilidade e autonomia financeira da Autarquia Municipal Departamento de Água e Esgoto de Guaíra – DEAGUA, que, naquele momento, não se encontrava em superávit, como bem reconheceu o Tribunal de Contas do Estado. Ademais, foram respeitados os critérios sociais para a majoração das aludidas tarifas. Logo, não haveria nenhum ato a ser sustado, eis que não exorbitou de seus poderes. Alega, ainda, que a iniciativa da

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

norma em comento é reservada ao Chefe do Poder Executivo, visto se tratar de matéria relativa à organização da Administração municipal.

Deferida a ordem de processamento da ação (fl. 350), o Presidente da Câmara Municipal prestou informações em defesa da constitucionalidade da norma em debate (fls. 358/375).

A Procuradoria Geral do Estado afirmou não haver interesse na defesa do ato impugnado, por se tratar de matéria exclusivamente local (fls. 435/436).

Por fim, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do pedido (fls. 438/450).

É o relatório.

A hipótese é de procedência da ação.

O Decreto Legislativo funciona como um instrumento por meio do qual a Câmara materializa as suas competências exclusivas, dentre as quais, sustar atos que exorbitem o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 13, inciso XVII, da Lei Orgânica de Guaíra (fl. 80).

Cumpre observar que tal assertiva encontra parâmetro no art. 20, inciso IX da Constituição Bandeirante, que por sua vez se assenta no art. 49, inciso V da Constituição Federal, como resposta ao modelo federativo adotado no Brasil, que prevê a absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo em vista a aplicação do princípio da simetria.

No caso em análise, verifica-se que a pretensa exorbitância com relação ao Decreto que regula o reajuste de tarifas de água e esgoto para o exercício de 2014 não merece respaldo, visto que o Prefeito agiu dentro dos limites impostos pela legislação local, não maculando, dessa forma, o processo legislativo a que deu origem.

Com efeito, destaca-se que as regras de fixação de competência para a iniciativa de tal processo legislativo constituem em uma projeção específica do princípio da separação dos poderes, que, na qualidade de princípio positivo, "*assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania*" (*Cf.* J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 250).

Nesse sentido, o *caput* do art. 6º da Lei Municipal nº 2.640/13, que reestruturou a DEAGUA, prescreve o seguinte (fl. 206):

> "Art. 6º – A classificação e regulamentação dos serviços de água e esgoto, as tarifas respectivas e as condições para sua concessão serão estabelecidas por meio de Decreto do Executivo".

Acesso ao Sumário

Logo, compete ao Poder Executivo estabelecer a tarifa de água e esgoto, bem como averiguar a necessidade de investimentos para a melhora na prestação do serviço público, assim como ocorreu por meio do Decreto Municipal ora em debate.

É o que já decidiu essa Colenda Corte:

"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei do Município de Andradina, de iniciativa parlamentar, que concedeu isenção de tarifa de água e esgoto a aposentados – Violação à separação de Poderes – Matéria referente à tarifa e preço público pela remuneração dos serviços que é de competência do Executivo (art. 120, da CE) – Vício de iniciativa caracterizado – Ação procedente, para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 2.733, de 19 de setembro de 2011, do Município de Andradina". (TJ/SP ADI 0256692-55.2011.8.26.0000, Rel. ENIO ZULIANI, Órgão Especial, j. 23/05/2012, g.n.)

Ademais, observa-se que o Decreto Legislativo nº 107/2014, ao sustar o Decreto que reajusta as tarifas de água e esgoto, implicou em renúncia de receita sem indicação de fonte de custeio substitutiva, o que viola o art. 25 da Constituição Estadual, conforme ampla jurisprudência deste Colendo Órgão Especial, nos termos do julgado a seguir, de relatoria do eminente Desembargador ROBERTO BEDAQUE:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR N. 534/10 – MUNICÍPIO DE CATANDUVA – LIMITAÇÃO DA TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO – ORIGEM PARLAMENTAR – INICIATIVA RESERVADA OU EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ARTS. 5º, 47, II, 120 E 144 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI IMPUGNADA – IMPLICAÇÃO NEGATIVA NA ARRECADAÇÃO – RENÚNCIA À RECEITA – GASTOS NÃO PREVISTOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE FONTES – VIOLAÇÃO AO ART. 25 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – PEDIDO PROCEDENTE" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0297508-16.2010.8.26.0000 – Órgão Especial, j. 02.03.2011).

Desse modo, o reconhecimento da inconstitucionalidade do diploma legal em comento é medida que se impõe.

Isto posto, julga-se procedente a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 107/2014, da Câmara Municipal de Guaíra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2042755-20.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ATIBAIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ATIBAIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade impugnando lei complementar que autoriza o Poder Executivo a realizar sorteios de bens móveis em favor dos cidadãos que consumirem produtos e/ou serviços no município. Alegação de vício formal de constitucionalidade da lei, por ter sido aprovada em regime de urgência durante o recesso parlamentar, sem que existisse relevante interesse público ou urgente necessidade. Regime de urgência e convocação de sessão extraordinária regularmente fundamentados em juízo político e autorizados pela Lei Orgânica e Regimento Interno da Câmara Municipal. Discussão e votação do projeto amplamente viabilizadas, na presença de todos os vereadores do município. Tramitação e aprovação da lei sem qualquer afronta à Constituição Estadual. Precedente do Órgão Especial. Ação julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, impugnando a Lei Complementar nº 663, de 16 de julho de 2013, do Município de Atibaia, que "*autoriza o Poder Executivo a realizar sorteios de bens móveis em favor dos cidadãos que consumirem produtos e/ou serviços no município*". Afirma-se que o projeto de lei foi encaminhado à Câmara pelo Prefeito Municipal no dia 25 de junho de 2013, com pedido de convocação de sessão legislativa extraordinária, para que houvesse deliberação da proposta em regime de urgência. Assim, o projeto de lei complementar foi submetido de forma sumária à aprovação na sessão legislativa extraordinária do dia 15 de julho de 2013, durante o recesso parlamentar, seguindo-se a 1ª e 2ª discussões e 1ª e 2ª votações, respectivamente, com aprovação por maioria de votos. Alega-se, em síntese, inconstitucionalidade por vício formal na votação da proposta legislativa, por ter sido aprovada em regime de urgência durante o recesso parlamentar sem que existisse relevante interesse público ou urgência. Assevera-se, ademais, a impossibilidade de adoção do procedimento sumário e regime de urgência durante o período de recesso e que a deliberação nesse rito de prazo exíguo cerceou o direito dos parlamentares de analisar melhor e discutir a matéria (págs. 01/10). Anexaram-se cópias de documentos (págs. 11/174).

A liminar foi indeferida (págs. 176/178).

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa do ato impugnado (págs. 192/194).

O Prefeito e o Presidente da Câmara do Município de Atibaia prestaram as informações requisitadas (págs. 196/200 e 378/380) e juntaram documentos (págs. 202/376).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (págs. 383/389).

Em cumprimento de diligência requisitada por este relator, juntaram-se aos autos novos documentos às págs. 397/404.

2. A lei objeto de impugnação neste feito tem a seguinte redação:

"*Lei Complementar nº 663,*

de 16 de julho de 2013

Autoriza o Poder Executivo a realizar sorteios de bens móveis em favor dos cidadãos que consumirem produtos e/ou serviços no município.

A CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA DE ATIBAIA aprova e o PREFEITO MUNICIPAL, usando das atribuições legais que lhe são conferidas pelo artigo 73, inciso IV da Lei Orgânica do Município, sanciona, promulga e manda publicar a seguinte Lei Complementar:

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a realizar sorteios de bens móveis, em favor dos cidadãos que consumirem produtos ou serviços no município utilizando-se de 'cupons de desconto' como forma de incentivo às vendas no comércio em geral da cidade, através do Programa 'Vende Mais Atibaia'.

***Art. 2º** O valor dos bens a serem sorteados no decorrer de cada exercício não poderá ultrapassar 40.000 (quarenta mil) UVRM – Unidades de Valor de Referência do Município.*

***Art. 3º** Participarão automaticamente do sorteio os cidadãos que na data de sua realização tenham participado do programa 'Vende Mais Atibaia', programa de incentivo às vendas em geral da cidade com a utilização de cupons de desconto.*

***Art. 4º** Não poderão participar dos sorteios:*

I – o Prefeito do Município de Atibaia, ou seu substituto legal;

II – os ocupantes de cargos em comissão na Prefeitura, na Câmara Municipal de Atibaia e no SAAE;

III – os ocupantes de cargos de encarregados, coordenadores, chefes e gerências de fiscalização de todo quadro de servidores nesta função da Prefeitura;

IV – os Vereadores da Câmara Municipal da Estância de Atibaia;

V – os membros da comissão organizadora, a ser nomeada pelo Prefeito Municipal por Decreto Municipal;

***Parágrafo Único** – No caso de contratação de empresa para a organização do sorteio, os seus integrantes não poderão concorrer aos prêmios.*

***Art. 5º** Para fazer face às despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar, no exercício fiscal de 2013, fica a Secretaria Municipal de Planejamento e Finanças autorizada a abrir crédito adicional suplementar no valor de até 20.000 (vinte mil) UVRM – Unidades de Valor de Referência do Município, na Secretaria de Desenvolvimento Econômico, através de Decreto Municipal. Para os demais exercícios, constarão rubricas próprias no Orçamento, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual.*

***Art. 6º** O Poder Executivo Municipal regulamentará esta Lei Complementar, mediante respectivo Decreto a ser editado no máximo em 60 (sessenta) dias contados de sua promulgação.*

***Art. 7º** Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.*

***Art. 8º** Revogam-se as disposições em contrário.*

(...)"

3. **A ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada improcedente**, eis que não verificada a inconstitucionalidade formal apontada

Acesso ao Sumário

na inicial. Inicialmente, registre-se que o processo legislativo constitucional, segundo o ensinamento de **Uadi Lammêgo Bulos**[1], "*é o conjunto coordenado de atos que disciplinam a criação de normas, gerais ou individualizadas, pelos órgãos competentes. Esses atos, que têm a índole formal ou instrumental, compreendem a iniciativa, a votação, a sanção e o veto. Buscam realizar o processo de criação das espécies normativas do art. 59, isto é, das emendas constitucionais, das leis complementares, das leis ordinárias, das leis delegadas, das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções. Todos esses atos compactuam-se com a cláusula do 'due process of law' e com o princípio da legalidade. Significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sem a existência de um comando normativo, elaborado à luz do processo legislativo propriamente constitucional, nem submetido a juiz ou tribunal, sem as garantias instrumentais, previstas na Constituição e nas leis.*"

De acordo com a Constituição do Estado de São Paulo (artigo 28), a aprovação dos projetos de lei em trâmite na Assembleia Legislativa deve se dar na **forma regimental**, regra essa aplicável, por simetria, aos municípios.

4. Assim, no que se refere ao regime de tramitação das proposições legislativas, a Lei Orgânica do Município de Atibaia e o Regimento Interno da Câmara estabeleceram a possibilidade de o Prefeito solicitar **regime de urgência** para apreciação de projetos de sua autoria considerados **relevantes ao interesse público**[2], o que está igualmente de acordo com o artigo 26 da Constituição Estadual.

A convocação pelo Prefeito Municipal de sessão legislativa extraordinária da Câmara no período de recesso também está autorizada pela Lei Orgânica do Município de Atibaia e Regimento Interno da respectiva Casa Legislativa[3], para casos de **urgência ou de interesse público relevante** (cf. págs. 208 e 318). Nessa hipótese, o Presidente da Câmara deve, no prazo de vinte e quatro horas antes da realização da sessão, dar conhecimento da convocação aos Vereadores, em sessão, mediante consignação em ata, ou fora dela, por comunicação escrita[4].

5. A formação da Lei Complementar nº 663/2013 de Atibaia não decorreu, portanto, de qualquer prejuízo a uma das fases pilares do processo legislativo constitucional.

Com efeito, o projeto de lei foi encaminhado pelo Chefe do Poder Executivo ao Presidente da Câmara Municipal por ofício datado de 18 de junho de 2013, com pedido de regime de urgência regularmente fundamentado: "*com*

---

1 Constituição Federal Anotada, 10ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2012, p. 872 (grifado).

2 Cf. artigo 50 da Lei Orgânica e artigo 198 do Regimento Interno da Câmara, págs. 221 e 323 dos autos.

3 Artigo 20 da Lei Orgânica do Município de Atibaia e artigo 186 do Regimento Interno da Câmara.

4 Cf. artigo 20, § 1º, da Lei Orgânica, e artigo 186, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

a economia estagnada nos últimos anos, vê-se uma queda generalizada das vendas no comércio. Usualmente, o cidadão que reside em Atibaia recorre a compras em outras cidades, deixando que o capital deixe de circular pelo município, desprestigiando as empresas locais. A expectativa deste projeto de incentivo é aumentar o volume de vendas fortalecendo o comércio e oferecendo aos consumidores vantagens despertando, assim, o interesse dos Munícipes nas empresas situadas em Atibaia. Assim, configurando uma excelente oportunidade de fidelizar clientes, sendo interessante para o desenvolvimento econômico do município com escopo de incentivar a venda dos estabelecimentos do varejo (comércio e serviços) instalados no município de Atibaia, com o objetivo de fomentar os negócios e permitir que a renda gerada e as transações ocorram na própria cidade, fazendo com que o dinheiro circule no próprio município. ***Expostas as razões que atestam a relevância desta proposição****, submeto a matéria à apreciação dos Nobres Vereadores dessa Egrégia Câmara, solicitando a apreciação da mesma em* ***REGIME DE URGÊNCIA, nos termos do Art. 50 da Lei Orgânica do Município***” (grifado, cf. pág. 30).

O requerimento de regime de urgência foi recebido pelo Presidente da Câmara Municipal ainda no período ordinário de reunião da legislatura. Já em 27 de junho de 2013, o projeto foi recebido pela Comissão de Justiça (cf. pág. 34) e, uma vez iniciado o recesso parlamentar no dia 1º de julho de 2013, o Prefeito Municipal de Atibaia solicitou ao Presidente da Casa Legislativa, em 11 de julho do mesmo ano, **a convocação de sessão extraordinária** para apreciação do projeto em tela e outro, **motivada pela necessidade urgente** de “*responder às demandas referentes aos projetos*” (cf. pág. 45).

Na sequência, os vereadores foram convocados para a sessão extraordinária de 15 de julho de 2013 **via comunicação escrita e com a antecedência mínima exigida** (cf. “*Of. Conv. Nº 017/13-Div.Leg*”, copiado à pág. 397).

Uma vez na ordem do dia dessa sessão extraordinária, o projeto foi aprovado após duas discussões, dispensados os pareceres das comissões permanentes, conforme a regra do artigo 186, § 3º, do Regimento Interno da Câmara Municipal.

Constata-se ainda que, segundo ata da sessão extraordinária de 15 de julho de 2013 (cf. pág. 399), havia o *quorum* exigido para a sua realização, que, de mais a mais, teve como fundamento a urgência prevista nas regras regimentais da Casa Legislativa e na Lei Orgânica do Município de Atibaia.

Frisa-se que tanto a tramitação do projeto de lei em regime de urgência quanto a realização da sessão extraordinária pautaram-se por juízo político demonstrado nos autos, não cabendo ao Poder Judiciário – sob pena de afronta à independência dos Poderes –, decidir que tais motivos expressamente expostos pelo Chefe do Poder Executivo à Câmara não revelariam caso de urgência ou

Acesso ao Sumário

interesse público municipal relevante, posição essa adotada pelo Órgão Especial no Agravo Regimental nº 2004618-66.2014.8.26.0000/50001, julgado em 26 de fevereiro de 2014.

Acrescenta-se que o projeto de lei foi aprovado com treze votos favoráveis, após duas discussões sucessivas, na presença de todos os dezessete[5] vereadores de Atibaia (cf. págs. 399/404), a corroborar a viabilidade de ampla discussão e votação da proposta legislativa, cuja tramitação e forma de aprovação não foram impugnadas por qualquer dos dezessete vereadores presentes à sessão.

Nesse sentido, merece destaque precedente recente deste Órgão Especial, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade relativa a uma lei complementar do mesmo Município de Atibaia, sob relatoria do E. Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, em que se decidiu unanimemente que "*o Projeto de Lei Complementar nº 11/2013 foi posto em discussão no Plenário da Câmara Municipal em duas votações distintas e sucessivas, das quais participaram **todos os dezessete Vereadores integrantes da Legislatura 2013-2016**, recebendo, ao final, dez votos favoráveis e sete contrários à sua aprovação; contudo, não há nos autos notícia da insurgência de qualquer dos Edis, inclusive daqueles integrantes da denominada 'oposição', quanto à inclusão do projeto na matéria a ser deliberada na sessão extraordinária e nem tampouco quanto à alegada inobservância de preceitos regimentais ou legais.*"[6]

Dessa forma, a análise do caso, à luz das regras e princípios constitucionais que regem a matéria, conduz à conclusão segura de que a tramitação em regime de urgência e a aprovação da Lei Complementar nº 663/2013 de Atibaia foram regulares, sem qualquer vício de constitucionalidade formal.

6. Ante o exposto, julga-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2063686-44.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

5 Cf. pág. 207, Lei Orgânica do Município de Atibaia, "*Art. 13-A – A partir de 1º de janeiro de 2013, a Câmara Municipal da Estância de Atibaia será composta de 17 (dezessete) Vereadores, em conformidade com o preceito contido no Art. 29, inciso IV, alínea 'e' da Constituição Federal.*"

6 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001017-52.2014.8.26.0000, j. em 14 de maio de 2014.

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.209/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 5.487/2013, do município de Catanduva, dispondo sobre a obrigatoriedade da disponibilização de cadeiras de rodas para portadores de deficiência e mobilidade reduzida em supermercados e hipermercados da região. Alegada violação da harmonia entre os poderes, vício de iniciativa e sobrecarga ao erário.

1. O texto da lei em exame não traz imposição de obrigação à Administração Pública, tampouco prevê gastos públicos para o cumprimento do programa que instituiu, não se mostrando pertinente alegação de vício a esse propósito.

2. Não se vislumbra invasão à competência legislativa do Prefeito Municipal, cujo rol de assuntos de abordagem a ele privativa vem taxativamente descrito no § 2º, do artigo 24, da Constituição Estadual, a exemplo do disposto na Carta Magna, em seu artigo 61, § 1º. Competência concorrente para legislar sobre o tema.

3. Julgaram improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo PREFEITO MUNICIPAL DE CATANDUVA, em face da Lei Municipal nº

5.487/2013, de autoria parlamentar, que dispôs sobre a *"disponibilidade de cadeiras de rodas de propulsão própria (manual) para pessoas com deficiência e mobilidade reduzidas em supermercados e hipermercados no Município de Catanduva"*.

Segundo a inicial, tal norma seria ofensiva ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, à iniciativa privativa do Chefe do Executivo, além de gerar aumento de despesas, sem previsão orçamentária.

Informações da CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA prestadas às fls. 25/27, defendendo a regularidade na aprovação da lei em exame.

Opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência da ação, afirmando ser concorrente a competência para legislar sobre o tema tratado na lei aqui impugnada, a qual também não traz em seu texto imposição ao poder público nem ao orçamento municipal, tampouco comando incompatível com a harmonia entre os poderes (fls. 59/69).

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A improcedência da ação se impõe.

Inconformado com a promulgação da Lei Municipal nº 5.487/2013, o Prefeito Municipal de Catanduva ingressou com a presente ação direta de inconstitucionalidade, afirmando ser ofensivo a preceitos constitucionais o dispositivo impugnado, afrontando a harmonia entre os poderes, a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, bem como gerando o aumento de despesas, sem previsão orçamentária.

Contudo, não é o que se depreende da leitura do texto legal em exame.

Sua promulgação, de iniciativa parlamentar, teve por fim facilitar o acesso de portadores de necessidades especiais a supermercados e hipermercados daquela localidade, mediante a exigência imposta ao próprio estabelecimento comercial, de disponibilização de cadeiras de rodas a esses consumidores.

Não houve sobrecarga ao erário, tampouco imposição de obrigação ao Poder Público.

Nem se vislumbra invasão à competência legislativa do Prefeito Municipal, cujo rol de assuntos de abordagem a ele privativa vem taxativamente descrito no **§ 2º, do artigo 24, da Constituição Estadual**, a exemplo do disposto na Carta Magna, em seu artigo 61, § 1º.

Dessume-se, daí, ser concorrente a competência legislativa pertinente à matéria tratada na Lei Municipal 5.487/2013, de Catanduva, até mesmo decorrente da disposição contida no **artigo 23, "caput", inciso II, da Constituição Federal**, de seguinte teor: "***É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ... II – cuidar da saúde***

Acesso ao Sumário

e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; ...".

A respeito do tema, este colendo Órgão Especial assim já se pronunciou:

"**Ação direta objetivando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.640, de 02 de março de 2013 do Município de Suzano. O ato normativo dispõe sobre a implantação de caixas de pronto atendimento adaptados à acessibilidade dos portadores de necessidades especiais e mobilidade reduzida nas agências bancárias localizadas no Município e dá outras providências. Diploma que não padece de vício de iniciativa. Matéria não reservada ao Chefe do Poder Executivo. Exegese do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do disposto no art. 144 da mesma Carta. Não violação, ademais, da esfera de competência privativa da União. Precedente do C. STF. Norma que também não está eivada dos vícios de desvio de finalidade e de falta de razoabilidade. Ação julgada improcedente, revogada a liminar**".

(ADin nº 0140770-92.2013, j. 05/02/2014, rel. Des. Guerrieri Rezende).

Além da ausência dos vícios alegados pelo autor, a Lei Municipal 5.487/2013 promove naquele município de Catanduva, a exemplo de outras localidades, a inclusão social de pessoas portadoras de necessidades especiais, sem nem mesmo exigir gastos públicos, vale frisar.

Na apreciação da ADin nº 2.649-6, o Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em julgado datado de 8/5/2008, tendo por relatora a Ministra Cármen Lúcia, assim se posicionou aquela Corte ao apreciar impugnação formulada em face de lei que instituiu a gratuidade do transporte interestadual e internacional de passageiros portadores de deficiências:

"**A Lei 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados**".

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2066266-47.2014.8.26.0000, da Comarca de São

Acesso ao Sumário

Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31280)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 5.515, de 25 de fevereiro de 2014, do Município de Catanduva – Determinação de criação de área reservada a instalação de rampas ou plataformas para acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, nas arquibancadas e camarotes, nos eventos abertos com montagem temporária.

1 – A legislação que determina que os responsáveis por eventos realizados no município criem área reservada a instalação de rampas ou plataformas para acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, nas arquibancadas e camarotes, nos eventos abertos com montagem temporária, não padece de qualquer inconstitucionalidade, uma vez que somente estabelece obrigação para particulares.

2 – O dever de fiscalização do cumprimento de normas é conatural aos atos administrativos e não tem o efeito de autorizar presunção de geração de novas despesas ao Município.

Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Órgão Especial

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Catanduva em face da Lei nº 5.515, de 25 de fevereiro de 2014, que "*Dispõe sobre a criação de área reservada a instalação de rampas ou plataformas para acesso de pessoas, com deficiência ou mobilidade reduzidas nas arquibancadas e camarotes nos eventos abertos com montagem temporária, no Município de Catanduva e dá outras providências*", pois, nos termos da petição inicial, em síntese, mencionada legislação ofende o princípio da separação dos poderes apresentando vício de iniciativa implicando criação de cargos, órgãos públicos, ou mesmo realização de despesas complementares cuja fonte de receita não foi prevista.

Indeferido o pedido de concessão de liminar (cf. p. 18), o Procurador Geral do Estado deixou de oferecer defesa do ato normativo em foco, entendendo tratar-se de norma de interesse local (cf. fls. 23/25).

O Presidente da Câmara Municipal de Catanduva prestou informações alegando que o processo legislativo obedeceu aos trâmites regimentais e legais (cf. p. 32/34).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência (cf. p. 59/65).

É o relatório.

I – A Lei Municipal nº 5.515, de 25 de fevereiro de 2014, da Municipalidade de Catanduva, oriunda do parlamento daquela localidade com supedâneo em Projeto de Lei nº 143/13 de autoria do Vereador Cidimar Porto, tem a seguinte redação:

"*Art. 1º – Fica estabelecida a obrigatoriedade da criação de área reservada e instalação de rampas ou plataformas elevatórias para acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida nas arquibancadas e camarotes nos eventos abertos com montagem temporária, no Município de Catanduva e dá outras providências.*

Parágrafo único – O responsável pela realização do evento deverá ser cientificado do disposto no caput deste artigo, no ato do pedido do alvará.

Art. 2º – Ficam estabelecidas as medidas das áreas destinadas às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, nas arquibancadas e camarotes nas seguintes proporções:

§ 1º – Na arquibancada, deverá ter uma área reservada medindo no mínimo 1,40 metro de largura, por 5,00 metros de cumprimento, com piso reto e guarda-corpo, em local que possibilite a visão do evento;

§ 2º – A adequação contida no parágrafo anterior poderá ser substituída pela disponibilização de área com a mesma essência, em outro local desde que seja no mínimo na altura do primeiro piso da arquibancada, medindo no mínimo 5,00 metros de largura, por 5,00 metros de cumprimento e possibilite a

Acesso ao Sumário

visão do evento;

§ 3º – Nos camarotes, próximo a rampa ou plataforma elevatória de acesso, deverá ter uma área reservada medindo no mínimo 2,10 metros de largura, por 2,50 metros de cumprimento, com piso reto, em local que possibilite a visão do evento;

§ 4º – Quando os camarotes forem divididos em diversos pisos, fica estabelecido que a acessibilidade deverá ocorrer no mínimo nos dois primeiros pisos;

§ 5º – O espaço reservado nas arquibancadas e camarotes deverá excluir para aferição da medida a passarela, deixando a respectiva área livre.

Art. 4º – A montagem da estrutura de que trata esta lei, deverá ser efetuada em local devidamente adequado às normas de acessibilidade, para receber a demanda de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, em todos os ambientes do evento.

Art. 5º – As áreas especiais de rampas e plataformas elevatórias, bem como as entradas principais do evento e outras dependências internas deverão ser identificadas com faixas ou placas indicativas, direcionando a pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida aos espaços reservados.

Art. 6º – Compete a Fiscalização de Obras do Município de Catanduva, à fiscalização do fiel cumprimento das exigências da presente lei, bem como a aplicação da respectiva multa.

Art. 7º – O descumprimento das normas contidas nesta lei sujeitará o responsável pelo evento infrator as seguintes penalidades:

§ 1º – O não cumprimento aos artigos 2º, 3º e 4º da presente lei sujeitará o responsável pela realização do evento à multa de 500 UFRC (Quinhentas Unidades Fiscais de Referência de Catanduva), por unidade adaptada faltante.

§ 2º – O evento que não atender ao disposto no art. 5º, será autuado com imposição de multa no valor de 100 UFRC (Cem Unidades Fiscais de Referência de Catanduva).

§ 3º – Em caso de reincidência, o responsável pelo evento será autuado com imposição de multa aplicada em dobro, em relação ao valor da multa anterior.

Art. 8º – As despesas decorrentes da presente Lei correrão à conta de dotação orçamentária própria consignada no orçamento vigente, suplementada se necessário.

Art. 9º – A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário".

II – A pretensão deduzida na petição inicial não deve ser acolhida.

As matérias em que há iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, em conformidade com a Constituição do Estado de São Paulo, são indicadas taxativamente: (a) criação e extinção de cargos e funções na administração direta ou indireta autárquica, bem como a fixação da respectiva

remuneração; (b) criação de Secretarias de Estado; (c) organização da Procuradoria-Geral do Estado e da Defensoria Pública, observadas as normas gerais da União; (d) servidores públicos do Estado, seu regime Jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; (e) criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.

Isso decorre do § 2º do artigo 24 da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da própria Carta Estadual e configura reprodução das diretrizes contidas no artigo 61, § 1º da Constituição Federal.

Simples leitura da lei impugnada permite ver claramente que ela não tratou de nenhum daqueles assuntos, ou seja, não cuidou de qualquer matéria cuja iniciativa legislativa seja reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Não há, portanto, violação ao princípio da separação de poderes por invasão da esfera da gestão administrativa.

Por isso, examinando os diversos artigos da legislação em foco, o ilustre Subprocurador Geral de Justiça, Nilo Spinola Salgado Filho, com acuidade e precisão, chegou à conclusão de que a legislação não padece de qualquer vício, uma vez que a "*matéria objeto da lei impugnada é típico assunto da polícia administrativa, contendo obrigação imposta exclusivamente a particulares, e que constitui tema da iniciativa legislativa comum concorrente*".

Em outros termos, a lei traçou, sem interferir na seara do Chefe do Executivo, regras gerais a serem observadas pelos particulares para viabilizar o acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida nos eventos realizados no Município de Catanduva, em típico exercício do poder de polícia administrativa, o qual, na lição de Marçal Justen Filho[1] "*... é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade*".

O mesmo doutrinador ainda adverte: "*A intervenção conformadora estatal deixou de ser apenas repressiva e passou a compreender imposições orientadas a promover ativamente condutas reputadas como desejáveis*".

Acresce ainda ter presente que a jurisprudência da Suprema Corte reiteradamente tem decidido que a matéria respeitante à polícia administrativa em geral é de iniciativa legislativa concorrente.

Neste sentido, confira-se:

"*Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, dispondo sobre matéria tida como tema contemplado no art. 30, VIII, da Constituição Federal, da competência dos Municípios. 2. Inexiste norma que confira a Chefe do Poder Executivo municipal a exclusividade de*

1 Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2005, p. 385.

Acesso ao Sumário

iniciativa relativamente à matéria objeto do diploma legal impugnado. Matéria de competência concorrente. Inexistência de invasão da esfera de atribuições do Executivo municipal. 3. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE 218.110-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, 02-04-2002, v.u., DJ 17-05-2002, p. 73).

Deste Colendo Órgão Especial, de julgamentos de casos análogos ao dos autos, colhem-se:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 4.518, de 4 de outubro de 2011 do Município de Suzano que instituiu a obrigação de fornecimento de cadeiras de rodas pelas agências bancárias locais – Matéria de interesse local e também atinente à proteção e garantia de direitos de portadores de deficiência física e pessoas com mobilidade reduzida, em relação à qual era lícito ao Município legislar, nos exatos limites da competência definida nos artigos 23, inciso II, e 30, inciso I, da CF – Inocorrência, outrossim, de vício de iniciativa do projeto de lei pelo Legislativo, haja vista que a norma editada não regula questão estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta – Previsão legal, na verdade, que apenas impõe obrigações a particulares e não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006249-50.2012.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 12/09/2012).

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei do Município de Suzano nº 4.404, de 11 de setembro de 2011, que dispôs sobre reserva de vagas em apartamentos térreos para idosos e deficientes físicos contemplados, em conjuntos habitacionais populares construídos no município – Projeto de iniciativa parlamentar – Veto do prefeito rejeitado – Competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e integração social de pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV), que não exclui a competência suplementar dos Municípios (art. 30, II, da CF) – Ausência de iniciativa reservada do Poder Executivo para tratar da matéria, nos termos dos arts. 24, § 2º, 1 a 6 e 174 da CE, aplicáveis aos Municípios nos termos do artigo 144 da referida Constituição – Cassação da liminar – Improcedência da ação.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0057187-83.2011.8.26.0000, rel. Des. David Haddad, j. 14/09/2011).

Convém também observar que na exposição dos motivos para criação desse regramento anotou-se: “*por diversas vezes muitas pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida são constrangidas ao chegarem em eventos no nosso município, ao se depararem com a total falta de acessibilidade, tendo que confiar em pessoas estranhas para carregá-las para adentrarem ao*

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

evento, ficando em locais não apropriados e adaptados para eles, prejudicando e desestimulando o aproveitamento do evento." (cf. p. 40).

Enfim, a lei questionada impôs obrigações aos organizadores de eventos e não ao Município.

Por outro lado, se, para cumpri-la, será ou não necessária a criação de novos cargos de fiscalização, ou mesmo se será ou não necessária atividade suplementar de servidores, e se isso provocará ou não maiores gastos por parte do Poder Público, é algo que dependerá essencialmente de opção político-administrativa, calcada na esfera da conveniência e oportunidade administrativa, a cargo do chefe do Poder Executivo Municipal. E essa avaliação e decisão ocorrerão no âmbito administrativo, não decorrendo diretamente da lei impugnada.

Nada assegura e nem indica que será necessária a criação de novos cargos, órgãos públicos, ou mesmo a realização de despesas complementares para realizar a fiscalização do cumprimento da lei impugnada, pois, insista-se, a exigência de criação de área reservada a instalação de rampas ou plataformas para acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida nas arquibancadas e camarotes dirige- se aos organizadores de eventos, e não ao Poder Público local. São aqueles, e não este, que terão despesas.

Sequer se alegou que o Município não conta com corpo de servidores próprios para o exercício do poder de polícia e a resolução de eventual questionamento neste sentido demandaria produção de prova, o que é inviável no processo objetivo de ação direta de inconstitucionalidade.

A propósito, já decidiu esta Corte Paulista, em caso análogo ao dos autos, que *"o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas aos particulares, exclusivamente."* (ADIN nº 0006247-80.2012.8.26.0000, rel. Des. Guerrieri Rezende).

Declarar-se a inconstitucionalidade da lei, com amparo no artigo 25 da Constituição do Estado, significaria contrariar a própria função essencial do Poder Legislativo, consistente na edição de leis. Com isso, estar-se-ia negando vigência ao artigo 48, *caput* da Constituição Federal, que fixa as atribuições do Congresso, aplicável por analogia às Câmaras Municipais, bem como ao artigo 30, inciso I, também da Constituição da República, que confere ao Município competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

Ante o exposto, julga-se improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0017436-84.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.536)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, LUIS SOARES DE MELLO, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO LUIZ PIRES NETO.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Ação Civil Pública – Agravo de Instrumento por conta de liminar que decretou o sequestro de renda dos bens dos réus – Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 623/2013, desta Corte – Prevenção – Inocorrência – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 6ª Câmara de Direito Privado desta Corte em razão do V. Acórdão de fls. 780/784, proferido pela 11ª Câmara de Direito Público, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 0462231-52.2010.8.26.0000, que foi interposto em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, por conta de liminar que decretou o sequestro de renda dos bens dos réus.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial (fls. 02/10) e dos documentos que a instruíram, tratar-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu o pedido de medida liminar em Ação Civil Pública que trata de improbidade administrativa por possíveis irregularidades em contratos firmados entre a Associação Beneficente dos Empregados da Telesp – ABET e terceiros, para decretar o sequestro dos bens dos réus.

Distribuídos os presentes autos à 11ª Câmara de Direito Público, através de voto proferido pelo Eminente relator sorteado, foi determinada a remessa dos autos à distribuição da Seção de Direito Privado, tendo os autos sido redistribuídos à 6ª Câmara desta Seção.

Traçada esta premissa, verifica-se que a competência para apreciar e julgar o presente é da 11ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 623/2013, em seu artigo 3º, incisos I.3 e I.10, deste Tribunal:

Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

I.3 – Ações relativas a licitações e contratos administrativos;

I.10 – Ação civil pública, relacionada com matéria da própria Seção;

Como bem observado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, a ação pretende investigar os réus com base na Lei nº 8.423/92, alguns deles da TELESP S/A por irregularidades em contratos firmados com a ABET, sem realização das devidas licitações. À época dos atos impugnados, verifica-se que a empresa em questão era, ainda, sociedade de economia mista.

Portanto, tem-se que o caso em tela enquadra-se no artigo supracitado da Resolução 623/2013, deste Colendo Tribunal de Justiça, sendo assim a competência para analisar o caso é de Direito Público.

Acesso ao Sumário

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a Colenda Câmara suscitada, a 11ª Câmara de Direito Público.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2069950-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE TATUÍ – SSPMT e Pacientes SERVIDORES DA GUARDA CIVIL MUNICIPAL DE TATUÍ, é impetrado DELEGADO GERAL DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM, LIMINARMENTE, O *HABEAS CORPUS*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.025 (OE))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* COLETIVO PREVENTIVO. Servidores da Guarda Municipal de Tatuí. Salvo-conduto para o porte de arma fora do horário de expediente. Via inadequada. Indeferimento liminar.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de *habeas corpus* coletivo, em que se visa à concessão de salvo-conduto aos servidores da Guarda Municipal de Tatuí, para que possam portar armas fora do expediente de trabalho, sem risco de serem presos, autuados ou de sofrerem qualquer espécie de constrição de cunho penal. Aduz o impetrante a inconstitucionalidade do artigo 6º, incisos III e IV, da Lei nº 10.826/03.

Distribuído equivocadamente à 7ª Câmara de Direito Criminal (fls. 80), o *writ* foi encaminhado ao Colendo Órgão Especial, ao qual compete julgar os remédios em que conste como autoridade coatora o Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo, sendo redistribuído ao signatário (fls. 87 e 90).

É o relatório.

O *writ* deve ser indeferido liminarmente.

O sindicato impetrante insiste em requerer salvo-conduto contra disposição legal vigente, o que se apresenta de todo descabido.

Estabelece o artigo 6º, incisos III e IV, da Lei nº 10.826/03:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

(...)

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV – os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinqüenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço; (Redação dada pela Lei nº 10.867, de 2004).

Ora, se o legislador estabeleceu a limitação de porte de arma de fogo aos guardas municipais, o fez baseado na necessidade de controle rígido da utilização de armamentos no país. E isto se depreende do teor do artigo 6º, § 3º da mesma norma, que dispõe:

§ 3º A autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei, observada a supervisão do Ministério da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 10.884, de 2004).

Acesso ao Sumário

O salvo-conduto visa a proteger o direito de ir e vir do cidadão, contra eventual ilegalidade ou abuso de poder. Assim, não se pode requerê-lo de forma indiscriminada e genérica, contra conduta legítima, baseada em determinação legal.

Quanto à discussão sobre a inconstitucionalidade da lei por desrespeito ao

princípio da isonomia, em que pese a total inadequação da via eleita para aventá-la, deve-se ressaltar que as guardas municipais não se encontram no mesmo patamar das polícias federal ou estaduais, estas criadas para a preservação da segurança pública, enquanto aquelas têm como fundamento constitucional a eventual preservação de bens, serviços e instalações municipais, conforme disposto no artigo 144, da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 8º – Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Observe-se que a Constituição Federal nem mesmo determina a criação das guardas municipais, abrindo permissão para que as localidades as instituam desde que o considerem necessário e conveniente.

A questão do porte de armas de fogo no país é considerada tema de segurança nacional, passível de rígido controle pela União. Neste sentido temos jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL. USO E PORTE DE ARMA DE FOGO PELA GUARDA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E POLÍCIA FEDERAL. EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Não se comprovam, nos autos, constrangimento ilegal a ferir direito dos Pacientes nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem no sentido da expedição de salvo-conduto com a finalidade de autorizar o uso de arma de fogo pelos guardas municipais. 2. O Supremo Tribunal Federal não admite o conhecimento de habeas corpus no qual não se demonstra risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física. Precedentes. 3. Improcedência da afirmação dos Impetrantes de cumprimento dos requisitos da Lei Nacional n. 10.826/2003 e do Decreto n. 5.123/2004. 4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que o porte de armas de fogo é questão de segurança nacional. 5. O interesse de guarda municipal não pode suprir a ausência de

Jurisprudência - Órgão Esperecial

Acesso ao Sumário

convênio entre a Municipalidade e a Polícia Federal nem eventual falta de interesse pelo Município na celebração do convênio. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 113592/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, d.j. 10/12/13).

Sendo assim, patente está a falta de plausibilidade jurídica do pedido, diante da ausência de risco de prática de ilegalidade ou de abuso de poder.

Diante do exposto, indefiro, liminarmente, o processamento deste *writ*.

Arquive-se, após as anotações e comunicações devidas.

Incidentes de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0020174-45.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA E LUIZ ANTONIO DE GODOY.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.478)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, LUIS SOARES DE MELLO, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO LUIZ PIRES NETO.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – Acórdão da 13ª Câmara de Direito Público que, em vista da alegação de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso II da Lei nº 14.094/05 do Município de São Paulo – Afronte

Acesso ao Sumário

aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Súmulas do Pretório Excelso consolidando a questão – Inconstitucionalidade reconhecida.

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso II, da Lei nº 14.094/05 do Município de São Paulo suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

Alega a Câmara suscitante, 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que a referida norma contraria o entendimento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal conforme disposto nos Enunciados nºs 70, 323 e 547 das Súmulas do STF. Aduz a necessidade de interpretação conforme a Constituição a fim de excluir a possibilidade de serem retidos pagamentos devidos ao contribuinte em razão de inscrição decorrente de créditos tributários.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade (fls. 453/476).

É o relatório.

Este tema não é novo, já tendo sido apreciado por este Órgão Especial anteriormente.

Como bem lembrado pelo Eminente Desembargador Ferraz de Arruda, relator dos autos principais, tal questão já foi motivo de análise por este Órgão Especial quando do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0120735-48.2012, de relatoria do Desembargador Cauduro Padin, que assim decidiu:

"Incidente de inconstitucionalidade do art. 6º, § 1º, da Lei Estadual nº 12.799/08. Restrições estatais indevidas. Interpretação do § 1º conforme texto constitucional. Ofensa ao devido processo legal e ao livre exercício da atividade econômica e profissional. Incidente acolhido para o fim de, em interpretação conforme a Constituição, reconhecer a inconstitucionalidade do § 1º do art. 6º da Lei Estadual n. 12.799/08, exclusivamente em relação à expressão 'pagamentos referentes a contratos', constante do inciso II do mesmo dispositivo".

Em outras palavras, é legítimo que, em função da existência de dívida inscrita no CADIN, deixe o Poder Público, em relação à entidade contra a qual pesa a inscrição, de celebrar convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolsos de recursos financeiros; deixe de efetuar repasses de convênios; deixe de conceder auxílios ou subvenções; bem como deixe de conceder incentivos fiscais e financeiros.

Abusiva se mostra a proibição de pagamentos decorrentes de contratos.

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

Uma vez prestado o serviço, entregue a mercadoria, ou concluída a obra e realizada a medição, a efetivação do pagamento pelo Poder Público é consequência natural, cuja autorização legal para suspensão acaba por configurar, de fato, mecanismo ostensivo e ilegítimo de pressão para a satisfação de dívidas.

Assim, não se mostra legítima e razoável a disposição contida na legislação municipal de impedimento de repasse das verbas remuneratórias, auferidas em razão de convênios ou referentes a contratos, por existir registro no CADIN MUNICIPAL.

Isto posto, julga-se procedente a arguição para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, inciso II, da Lei nº 14.094/05 do Município de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0034713-16.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29920)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 7.873/2012 – Violação ao art. 5º, XLIII, da Constituição Federal – Condenação por tráfico ilícito de entorpecentes que não pode ser alcançada pelo indulto concedido

pelo Chefe do Poder Executivo (artigo 84, XII, da Constituição Federal), inclusive no que diz respeito à pena pecuniária imposta juntamente à pena privativa de liberdade – Inconstitucionalidade declarada – Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 7.873/2012, suscitada pela Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido determinada a suspensão do julgamento do agravo em execução penal nº 0204221-91.2013.8.26.0000 interposto por André Alves dos Santos de decisão que indeferiu a concessão de indulto a pena pecuniária (fls. 29). A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e acolhimento do incidente (fls. 79/83).

É o relatório.

Anotou a Câmara suscitante que "o § 1º do art. 8º do Decreto nº 7.873/2012 é de clara inconstitucionalidade por infringir o inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República, ao conceder indulto da pena pecuniária para condenados por tráfico que cumpriram suas penas privativas de liberdade" (fls. 70).

Em verdade, o presente incidente tem por objeto o parágrafo único, do artigo 8º, de referido Decreto. Eis o que preveem referido dispositivo e o artigo 1º ao qual faz remissão:

> "Art. 1º – É concedido o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:
>
> I – condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;
>
> II – condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos e não superior a doze anos, por crime praticado sem grave ameaça ou violência a pessoa, que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;
>
> III – condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos que, até 25 de dezembro de 2012, tenham completado sessenta anos de idade e cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;
>
> IV – condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de

Acesso ao Sumário

dezembro de 2012, tenham completado setenta anos de idade e cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

V – condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido, ininterruptamente, quinze anos da pena, se não reincidentes, ou vinte anos, se reincidentes;

VI – condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos que tenham filho ou filha menor de dezoito anos ou com deficiência que necessite de seus cuidados e que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido:

a) se homens não reincidentes, um terço da pena, ou metade, se reincidentes; ou

b) se mulheres não reincidentes, um quarto da pena, ou um terço, se reincidentes.

VII – condenadas a pena privativa de liberdade não superior a doze anos, desde que já tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto e já tenham usufruído, até 25 de dezembro de 2012, no mínimo, de cinco saídas temporárias previstas no art. 122, combinado com o art. 124, *caput*, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, ou tenham exercido trabalho externo, no mínimo, por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2012;

VIII – condenadas a pena privativa de liberdade não superior a doze anos, desde que já tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto e tenham frequentado curso de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, superior, ou ainda de requalificação profissional, na forma do art. 126 da Lei de Execução Penal, no mínimo por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2012;

IX – condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2012;

X – condenadas:

a) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução;

b) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, ainda que tais condições sejam anteriores a prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução,

Acesso ao Sumário

caso resultem em grave limitação de atividade e restrição de participação prevista na alínea ‘c’; ou

c) acometidas de doença grave e permanente que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada;

XI – submetidas a medida de segurança, que, até 25 de dezembro de 2012, independentemente da cessação da periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ao tempo da condenação;

XII – condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2012, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

XIII – condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, presas provisoriamente, até 25 de dezembro de 2012, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes;

XIV – condenadas a pena privativa de liberdade, que estejam cumprindo pena em regime aberto ou em livramento condicional, cujas penas remanescentes, em 25 de dezembro de 2012, não sejam superiores a oito anos, se não reincidentes, e a seis anos, se reincidentes, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

XV – condenadas por crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, desde que tenham cumprido um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes, e reparado o dano até 25 de dezembro de 2012, salvo comprovada incapacidade econômica para repará-lo; ou

XVI – condenadas a pena privativa de liberdade superior a dezoito meses e não superior a quatro anos, por crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, com prejuízo ao ofendido em

Jurisprudência - Órgão Especial
Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

valor estimado não superior a um salário mínimo, desde que tenham, até 25 de dezembro de 2012, cumprido três meses de pena privativa de liberdade e comprovem o depósito em juízo do valor correspondente ao prejuízo causado à vítima, salvo comprovada incapacidade econômica para depositá-lo.

[...]

Art. 8º – O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas por:

I – crime de tortura ou terrorismo;

II – crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do *caput* e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

III – crime hediondo, praticado após a publicação das Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990; nº 8.930, de 6 de setembro de 1994; nº 9.695, de 20 de agosto de 1998; nº 11.464, de 28 de março de 2007; e nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores; ou

IV – crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar.

Parágrafo único. As restrições deste artigo e dos incisos I e II do *caput* do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos IX, X, XI e XII do *caput* do art. 1º."

Dispõe o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal que "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*". Vale lembrar que "*A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o instituto da graça, previsto no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional*" (*HABEAS CORPUS* nº 115.099-SP, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Relª. Minª Cármen Lúcia, em 19/2/13, DJe de 13/3/13).

Diante disso, não há dúvidas de que a condenação por tráfico ilícito por entorpecentes não pode ser alcançada pelo indulto concedido pelo Chefe do Poder Executivo (artigo 84, XII, da Constituição Federal), inclusive no que diz respeito à pena pecuniária imposta juntamente à pena privativa de liberdade.

A esse respeito, assim já se decidiu em precedentes assemelhados:

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 1º do art.

8º do Decreto nº 7.648/2001 – Possibilidade da concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, relativamente à pena de multa imposta cumulativamente com a pena privativa de liberdade – Afronta ao art. 5º, XLIII, CF – Proibição de concessão de graça ou anistia aos condenados por delito de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes definidos como hediondos – Incidente acolhido, inconstitucionalidade decretada.” (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0180575-52.2013.8.26.0000, Bauru, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Samuel Júnior, em 2/4/14).

“Arguição de Inconstitucionalidade – Suscitação pela 4ª Câmara Criminal desta Corte relativamente ao artigo 8º, § 1º do Decreto Presidencial nº 7.420/2010 – Dispositivo que não excluiu da benesse (indulto) o condenado a pena de multa aplicada cumulativamente com a pena corporal em crime hediondo (artigo 33 da Lei nº 11.343/06) – Afronta à Constituição Federal – Arguição procedente.” (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0229909-89.2012.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, em 23/1/13).

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Parágrafo 1º, do artigo 8º, do Decreto Presidencial nº 7.420/2010 – Concessão de indulto coletivo a indivíduos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, dentre eles, o tráfico de drogas – Impossibilidade – Benesse que encontra vedação no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal – Termo ‘graça’ empregado pelo constituinte originário em seu sentido amplo, abrangendo também o indulto – Inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 que, aliás, já teve sua constitucionalidade proclamada – Precedentes do STF e deste Órgão Especial, nos quais se confirmou a impossibilidade de concessão de indulto aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes – Declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 8º do Decreto nº 7.420/10 de rigor – Arguição acolhida.” (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0177670-11.2012.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. De Santi Ribeiro, em 14/11/12).

Assim sendo, acolhe-se a presente arguição para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 7.873/2012.

Remetam-se os autos à 4ª Câmara de Direito Criminal para prosseguimento do julgamento do agravo nº 0204221-91.2013.8.26.0000.

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0008436-60.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. ITAMAR GAINO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30802)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, MOACIR PERES, FRANCISCO CASCONI, EROS PICELI (Presidente), GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO e PÉRICLES PIZA julgando a ação improcedente; e LUIS GANZERLA, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS (com declaração) acolhendo a arguição.

São Paulo, 4 de junho de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator Designado

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade – Lei nº 15.442, de 9 de setembro de 2011, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a limpeza de imóveis, o fechamento de terrenos não edificados e a construção e manutenção de passeios, bem como cria o Disque-Calçadas; revoga as Leis nº 10.508, de 4 de maio de 1988, e nº 12.993, de 24 de maio de 2000, o art. 167 e o correspondente item constante do Anexo VI da Lei nº 13.478, de 30 de dezembro de 2002 – Projeto de iniciativa do Poder Legislativo – Sanção pelo Prefeito Municipal.

1. A competência para criação de lei que impõe obrigações a particulares, quanto à construção e manutenção de calçadas contíguas a seus imóveis, é concorrente do Poder Legislativo e do Poder

Acesso ao Sumário

Executivo. Inocorrência de ofensa ao art. 24 da Constituição do Estado de São Paulo.

2. A imposição, ao Poder Executivo, do dever de fiscalizar o cumprimento da lei não significa violação ao princípio constitucional da separação de poderes e não implica criação de despesas sem a respectiva fonte de receita, uma vez que a fiscalização é inerente ao exercício regular do poder de polícia pelo Executivo, em relação ao cumprimento de todo o complexo das posturas municipais. Ausência de ofensa aos arts. 2º, 61, § 1º, II, 'b', da CF e 5º, 25, 47, II e 144 da Constituição Estadual.

3. A imposição de obrigação a particulares, quanto à construção e à manutenção de calçadas contíguas a seus imóveis, não constitui responsabilização de natureza civil, o que significaria vício de inconstitucionalidade por invasão de competência exclusiva da União. Ausência de ofensa ao art. 223, I, da CF.

4. A criação do "disque-calçadas" não implica despesas adicionais àquelas próprias da Ouvidoria Municipal. Ademais, esse serviço poderá restringir-se a atendimento eletrônico, conforme previsto na lei, inserindo-se, assim, no amplo serviço de informática do Poder Executivo.

5. A tabela de multa anexa à lei, com valor por metro de testada do imóvel, não viola o princípio da razoabilidade, não tendo caráter confiscatório, nem mesmo pela previsão de cumulação a cada trinta dias, critério necessário e que vem sendo adotado desde a Lei nº 10.508, de 4 de maio de 1988.

Incidente de inconstitucionalidade improcedente.

VOTO

I – Trata-se de arguição de inconstitucionalidade pela Colenda Décima Segunda Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em recurso de Apelação autuado sob o número 0011136-15.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, distribuído à Desembargadora Isabel Cogan, sendo apelantes Amélia Mandia Marrone (Espólio) e outro e apelada a Prefeitura Municipal de São Paulo.

O recurso decorre de sentença de improcedência de ação anulatória de

Acesso ao Sumário

débito fiscal municipal consubstanciado em multa por infringência ao artigo 7º, § 2º, da Lei Municipal nº 15.442/2011, que dispõe sobre limpeza de imóveis, fechamento de terrenos não edificados e construção e manutenção de passeios, bem como cria o "disque-calçadas".

Segundo a petição inicial dessa ação anulatória e o recurso de apelação, referida lei, oriunda de iniciativa parlamentar, afronta os artigos 2º, 61, § 1º, inc. II, alínea 'b', da Constituição Federal, bem ainda aos artigos 5º, 25, 47, inc. II e 144, da Constituição do Estado de São Paulo, uma vez que:

> "*a iniciativa legislativa era e é privativa do Prefeito Municipal, por impor atribuições de fiscalização ao Executivo com aumento de despesas decorrentes da implantação e fiscalização das novas regras*";
>
> "*ao impor aos responsáveis por imóveis, edificados ou não, lindeiros a vias ou logradouros públicos dotados de guias e sarjetas, são obrigados a executar, manter e conservar os respectivos passeios na extensão correspondente à sua testada (art. 7º e 10, I), sob pena de sancionamento monetário (arts. 12 e 14) invadiu competência legislativa privativa da União, prevista no art. 22, I, da CF*";
>
> "*violou ao princípio da razoabilidade ao fixar a multa com base em valor monetário multiplicado pela testada do imóvel com nítido caráter confiscatório agravado pela previsão de sua cumulação a cada trinta dias*".

Apreciando o mencionado recurso, a Colenda Décima Segunda Câmara de Direito Público desta Corte suscitou o presente incidente de inconstitucionalidade, anotando existir "*usurpação do poder de iniciativa*", cuja ulterior "*aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade*". Concluiu haver infringência "*aos artigos 2º, 61, § 1º, II, 'b' da Constituição Federal, bem ainda ter sido violados os artigos 5º, 25, 47, II e 147 da Constituição Estadual*", principalmente porque, "*a Lei Municipal nº 15.442/2011 ao dispor que os responsáveis por imóveis, edificados ou não, lindeiros a vias ou logradouros públicos dotados de guias e sarjetas, são obrigados a executar, manter e conservar os respectivos passeios na extensão correspondente à sua testada (arts. 7º e 10, I), sob pena de sancionamento monetário (arts. 12 e 14), instituiu uma obrigação para o munícipe e dispôs sobre a responsabilidade civil do proprietário do imóvel, invadindo a competência legislativa privativa da União para legislar sobre o direito civil (art. 22, I CF)*". Além disso, "*a Administração, ao dar cumprimento à norma, com a fiscalização dos imóveis e calçamentos, deve contratar servidores para a prestação de serviços. Porém, é atribuição do Poder Executivo a contratação. Dessa forma, verifica-se a nítida criação de encargo sem a provisão financeira*

Acesso ao Sumário

e indicação de recursos para tanto".

II – É inquestionável que ao Município compete legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30 da CF), possuindo a incumbência de executar a política de desenvolvimento urbano, mediante diretrizes gerais fixadas em lei, objetivando com isso o bem-estar de seus habitantes.

Em face disto, a Municipalidade de São Paulo editou a Lei Municipal nº 15.442, de 9 de setembro de 2011, oriunda do Projeto de Lei nº 409/2010, de autoria do vereador Domingos Dissei, dispondo sobre "*a limpeza de imóveis, o fechamento de terrenos não edificados e a construção e manutenção de passeios, bem como cria o Disque-Calçadas; revoga as Leis nº 10.508, de 4 de maio de 1988, e nº 12.993, de 24 de maio de 2000, o art. 167 e o correspondente item constante do Anexo VI da Lei nº 13.478, de 30 de dezembro de 2002*".

Os dispositivos dessa lei, que interessam ao deslinde da controvérsia, têm a seguinte redação:

> "*Art. 7º Os responsáveis por imóveis, edificados ou não, lindeiros a vias ou logradouros públicos dotados de guias e sarjetas, são obrigados a executar, manter e conservar os respectivos passeios na extensão correspondente à sua testada, na conformidade da normatização específica expedida pelo Executivo.*
>
> *§ 1º Ficam excluídos da obrigação de execução dos passeios, prevista no 'caput' deste artigo, os responsáveis por imóveis localizados nas vias integrantes:*
>
> *I – do Plano de Pavimentação Urbana Comunitária – PPUC, instituído pela Lei nº 10.558, de 17 de junho de 1988;*
>
> *II – das rotas definidas, mediante decreto, nos termos do disposto no art. 2º da Lei nº 14.675, de 23 de janeiro de 2008, que instituiu o Plano Emergencial de Calçadas – PEC;*
>
> *III – da Rede Viária Estrutural dos tipos N1, N2 e N3, a teor dos §§ 1º e 3º do art. 6º da Lei nº 13.885, de 25 de agosto de 2004.*
>
> *§ 2º Para os efeitos desta lei, o passeio será considerado:*
>
> *I – inexistente, quando executado em desconformidade com as normas técnicas vigentes à época de sua construção ou reconstrução;*
>
> *II – em mau estado de manutenção e conservação, quando apresentar buracos, ondulações, desníveis não exigidos pela natureza do logradouro ou obstáculos que impeçam a circulação livre e segura dos pedestres, bem como execução de reparos em desacordo com o aspecto estético ou harmônico do passeio existente.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 10. Consideram-se responsáveis pelas obras e serviços*

previstos nos arts. 1º a 7º desta lei:

I – o proprietário, o titular do domínio útil ou da nua propriedade, o condomínio ou o possuidor do imóvel, a qualquer título, ressalvadas as hipóteses previstas no § 1º do art. 7º desta lei;

II – a União, o Estado, o Município e os órgãos e entidades da respectiva Administração Indireta, quanto aos próprios de seu domínio, posse, guarda ou administração.

§ 1º O Município reparará os danos que causar às obras e serviços de que trata esta lei quando da realização dos melhoramentos públicos de sua responsabilidade.

§ 2º As permissionárias do uso das vias públicas para a implantação de equipamentos de infraestrutura urbana destinados à prestação de serviços públicos e privados repararão os danos causados aos passeios públicos na conformidade do disposto em legislação específica.

§ 3º Os responsáveis referidos no inciso I do 'caput' deste artigo serão solidariamente responsáveis pela regularidade dos imóveis nos termos das disposições desta lei, bem como pelas penalidades decorrentes do seu descumprimento.

Art. 11. O descumprimento das disposições desta lei acarretará a lavratura, por irregularidade constatada, de autos de multa e de intimação para regularizar a limpeza, o fechamento ou o passeio, conforme o caso, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no 'caput' deste artigo ficará reduzido a 20 (vinte) dias nos casos das irregularidades previstas no art. 8º desta lei.

Art. 12. Os autos de multa e de intimação serão dirigidos ao responsável ou seu representante legal, assim considerados o mandatário, o administrador ou o gerente, pessoalmente ou por via postal com aviso de recebimento, no endereço constante do Cadastro Imobiliário Fiscal, nos termos da Lei nº 10.208, de 5 de dezembro de 1986.

§ 1º Presumir-se-á o recebimento dos autos de multa e de intimação quando encaminhados ao endereço constante do Cadastro Imobiliário Fiscal.

§ 2º A multa e a intimação serão objeto de publicação por edital no Diário Oficial da Cidade.

§ 3º O prazo para atendimento da intimação será contado em dias corridos, a partir da data da publicação do edital, excluído o dia do início e incluído o dia do fim.

(...)

Jurisprudência - Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Art. 14. Na hipótese do não atendimento da intimação nos prazos estabelecidos no art. 11 desta lei, nova multa será aplicada por irregularidade constatada.

Parágrafo único. A multa prevista no 'caput' deste artigo será renovada a cada 30 (trinta) dias até que haja a comunicação do saneamento da irregularidade ou a constatação da regularização pela Administração Municipal."

III – Com todo o respeito ao entendimento do eminente relator, penso que essa lei não é inconstitucional, uma vez que não cuida de responsabilidade de natureza civil (como aduzido no acórdão gerador do incidente), mas, tão somente, imputa aos particulares a obrigação de construir e manter calçadas ou passeios públicos; o que constitui tradição em nosso Direito Municipal, cabendo lembrar que, como consta em sua ementa, revogou as leis anteriores que tratavam da mesma matéria, sendo a primeira de nº 10.508, de 4 de maio de 1988.

Não há, portanto, invasão da competência privativa da União. Isto ocorreria se houvesse no texto legal previsão de responsabilidade dos particulares para o caso de danos a terceiros, por consequência de má conservação do passeio público.

Compete ao Poder Executivo Municipal velar pela perfeita manutenção das calçadas, exigindo dos particulares o cumprimento da lei. Não cumprindo esse ônus inerente a seu poder de polícia, responde, ele próprio, pelos danos sofridos por terceiros.

Por outro lado, a competência para criação de lei dessa espécie é concorrente, podendo a iniciativa ser do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, segundo o que se extrai do art. 24 da Constituição do Estado de São Paulo. Isso porque, como visto, apenas se cuida de criação de obrigação para os particulares, quanto à construção e manutenção dos passeios contíguos a seus imóveis.

É bem verdade que o texto transcrito, além de estabelecer obrigação aos particulares, impõe sanção para o caso do respectivo descumprimento, cuja aplicação fica a cargo de órgão da administração municipal. Isto não significa, porém, criação de encargo novo ao Poder Executivo, uma vez que este dispõe de estrutura adequada para o regular exercício do poder de polícia, com abrangência de todo o complexo das posturas municipais.

A previsão do "disque-calçadas" igualmente não significa imposição de obrigação nova para o Poder Executivo, a implicar-lhe despesas sem a respectiva fonte de custeio, pois se trata de um serviço de recebimento de denúncias quanto ao descumprimento, pelos particulares, da obrigação de manutenção das calçadas contíguas a seus imóveis, serviço esse que se enquadra no âmbito

Acesso ao Sumário

da ouvidoria do Município, competente para a recepção de reclamações gerais sobre deficiências no funcionamento dos órgãos municipais. Aliás, segundo o parágrafo único do art. 21, para a finalidade do "disque-calçadas" "*poderá também ser disponibilizado atendimento eletrônico*", que, segundo se presume, não enseja para o Poder Executivo despesa adicional, certo que dispõe de amplo e complexo sistema de informática.

O bem lançado parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do Procurador Nilo Spinola Salgado Filho, contém preciso exame do tema, dele se destacando:

"*A instituição de sanção ao administrado pelo descumprimento de obrigação não pode ser concebida como matéria sujeita à reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. O caso é de iniciativa comum ou concorrente.*

Conforme cediça manifestação doutrinária e iterativa orientação pretoriana, regra é a iniciativa legislativa pertencente ao Poder Legislativo; exceção é a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume. Corolário é a devida interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada, perfilhando tradicional lição salientando que:

'a distribuição das funções entre os órgãos do Estado (poderes), isto é, a determinação das competências, constitui tarefa do Poder Constituinte, através da Constituição. Donde se conclui que as exceções ao princípio da separação, isto é, todas aquelas participações de cada poder, a título secundário, em funções que teórica e normalmente competiriam a outro poder, só serão admissíveis quando a Constituição as estabeleça, e nos termos em que fizer. Não é lícito à lei ordinária, nem ao juiz, nem ao intérprete, criarem novas exceções, novas participações secundárias, violadoras do princípio geral de que a cada categoria de órgãos competem aquelas funções correspondentes à sua natureza específica' (J. H. Meirelles Teixeira. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 581, 592-593).

Fixadas estas premissas, as reservas de iniciativa legislativa a autoridades, agentes, entidades ou órgãos públicos diversos do Poder Legislativo devem sempre ser interpretadas restritivamente na medida em que, ao transferirem a ignição do processo legislativo, operam reduções a funções típicas do Parlamento e de seus membros. Neste sentido, colhe-se da Suprema Corte:

'A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo

Acesso ao Sumário

legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca' (STF, ADI-MC 724-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27-04-2001).

'As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo' (RT 866/112).

'A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. – A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja. Em consequência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa' (STF, MS 22.690-CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 17-04-1997, v.u., DJ 07-12-2006, p. 36).

Como desdobramento particularizado do princípio da separação dos poderes (art. 5º, Constituição Estadual), a Constituição do Estado de São Paulo prevê no art. 24, § 2º, 2, iniciativa legislativa reservada do Chefe do Poder Executivo (aplicável na órbita municipal por obra de seu art. 144).

Não se verifica nesse preceito reserva de iniciativa legislativa instituída de maneira expressa. Tampouco competência privativa do Chefe do Poder Executivo com base no art. 47. Esse dispositivo consagra a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, traçando suas competências próprias de administração e gestão que compõem a denominada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, imunes à interferência do Poder Legislativo.

Na espécie, a norma local impõe sanção a particulares, sem, no entanto, conferir nova obrigação ao Poder Executivo, o que desautoriza arguição de ofensa aos arts. 5º, 24, § 2º, 2 e 47, II e XIX, a, da Constituição Estadual.

Colhe-se da jurisprudência da Suprema Corte que a matéria respeitante à polícia administrativa em geral é da iniciativa legislativa concorrente:

'Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, dispondo sobre matéria tida como tema contemplado no art. 30, VIII, da Constituição Federal, da competência dos Municípios. 2. Inexiste norma que confira a Chefe do Poder Executivo municipal a exclusividade de iniciativa relativamente à matéria objeto do diploma legal impugnado. Matéria de competência concorrente. Inexistência de invasão da esfera de atribuições do Executivo municipal. 3. Recurso extraordinário não conhecido' (STF, RE 218.110-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, 02-04-2002, v.u., DJ 17-05-2002, p. 73).

Não há, também, invasão da esfera legislativa da União (artigo 22, I, da Constituição Federal), pois o diploma normativo impugnado nada dispôs acerca de direito civil, como, por exemplo, eventual responsabilidade civil, em caso de acidentes causados por má conservação do passeio público. A lei impugnada contém apenas disposições relativas às obrigações administrativas, por parte dos proprietários dos imóveis, relativas à conservação de calçadas, bem como as respectivas penalidades por seu eventual descumprimento".

O Juízo de Primeiro Grau, ao afastar a pretensão dos autores da ação, com inteiro acerto, ponderou o seguinte:

"*... inconstitucionalidade alguma deve ser declarada nestes autos.*

Isto porque, dúvida não resta de que a conservação dos passeios públicos é de interesse local. Logo, incumbe ao Município a edição da legislação correlata (art. 30, I). Ademais, a matéria em discussão não consta do rol do art. 22, da Constituição Federal.

Além disso, não há falar-se em inconstitucionalidade por vício de iniciativa simplesmente porque a matéria tratada pela legislação em comento não está entre as constitucionalmente previstas como de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, da CF).

Válido aqui consignar que a legislação discutida nada mais fez que regulamentar a forma pela qual o Município irá efetivar a fiscalização dos munícipes em relação à conservação das calçadas.

E isto decorre justamente do poder-dever de fiscalizar, sendo certo que, em caso de omissão estatal, o Município responderá pelos danos causados aos transeuntes.

No mais, a vaga alegação de ofensa ao princípio da proporcionalidade não tem força necessária para justificar o descumprimento da lei...".

Acesso ao Sumário

Quanto à alegação de violação do princípio da razoabilidade, tenho que igualmente não procede, pois a tabela de multa anexa à lei, com valor por metro de testada do imóvel, constitui critério necessário e proporcional, não alcançando caráter confiscatório, nem mesmo pela previsão de cumulação a cada trinta dias,

não se podendo olvidar que vem sendo adotado desde a Lei nº 10.508, de 4 de maio de 1988.

Cabe observar, finalmente, que a lei questionada prevê, em seu art. 10, II, que são responsáveis pelas obrigações e serviços previstos nos arts. 1º a 7º, "*A União, o Estado, o Município e os órgãos e entidades da respectiva Administração Indireta, quanto aos seus próprios de seu domínio, posse, guarda e administração*". E, no § 1º do mesmo artigo, estabelece que "*O Município reparará os danos que causar às obras e serviços de que trata esta lei quando da realização dos melhoramentos públicos de sua responsabilidade*".

Essas regras não contaminam a lei pelo vício de inconstitucionalidade, uma vez que revelam o que é óbvio. Responsável pelo bem público e pelos serviços a ele inerentes é, naturalmente, o seu titular.

É importante considerar, ademais, que esse aspecto não se compreende no objeto do incidente de inconstitucionalidade que, como visto, é restrito às normas que impõem obrigações a particulares. O incidente é consequência de ação anulatória de débito fiscal representado por multa imposta ao particular por descumprimento da obrigação de manutenção da calçada contígua a seu imóvel.

IV – Ante o exposto, julga-se improcedente o incidente.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.615)

1. Trata-se de **arguição de inconstitucionalidade** da **Lei nº 15.442**, de 09 de setembro de 2011, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a limpeza de imóveis, o fechamento de terrenos não edificados e a construção e manutenção de passeios, suscitada pela **Eg. 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça**.

O recurso originário – apelação (fls. 112/119) – apresentado contra r. sentença de improcedência de **anulatória de multa administrativa** (fls. 02/07), pretendeu a declaração incidental de inconstitucionalidade da referida legislação, por infringência dos arts. 2º, 61, § 1º, II, 'b', da CF e arts. 5º, 25, 47, II e 144, da CE.

A **Eg. Câmara** suscitante, com fulcro no art. 97 da CF e Súmula Vinculante nº 10 do STF, determinou a remessa dos autos a este **C. Órgão Especial** para análise da constitucionalidade da **Lei Municipal nº 15.442/2011** (fls. 157/165).

Distribuiu-se livremente (fls. 169). Encaminhados os autos à Douta Procuradoria (fls. 169), esta requereu, preliminarmente, o julgamento em conjunto deste incidente com a ADIn nº 0.195.280-55.2013.8.26.0000, "*pois em ambos os feitos se discute acerca da constitucionalidade ou não da Lei nº*

Acesso ao Sumário

15.442/2011...” (fls. 173). No mérito, opinou pelo acolhimento do incidente (fls. 177/182).

Providenciou a Secretaria a juntada de cópia da inicial da referida ação (ADIn nº 0.195.280-55.2013.8.26.0000 – fls. 185/212), certificando sua inclusão na pauta de julgamento do **C. Órgão Especial** do dia **26.03.14** (fls. 184), com voto já lançado do nobre Relator, Des. *ANTONIO VILENILSON*. Redistribuiu-se, observada a **prevenção** (fls. 214 e 216).

Retornaram os autos a este Relator, em razão da aposentadoria do i. Des. **ANTONIO VILENILSON** (fls. 218 e 220). Noticiada a extinção daquele processo em julgamento de mérito (ADIn nº 0.195.280-55.2013.8.26.0000 – fls. 222/226).

É o relatório.

2. Procedente a arguição.

Ressalte-se, de início, ter sido extinta, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, a **ADIn nº 0.195.280-55.2013.8.26.0000**, do Diretório Municipal do Partido da Social Democracia Brasileira, em face dos **arts. 7º, I, 10, § 3º, 11** e **12**, da **Lei nº 15.442**, de 09 de setembro de 2011 (fls. 222/226).

Enfrenta-se a matéria de fundo.

Trata-se de **arguição de inconstitucionalidade** da **Lei nº 15.442**, de 09 de setembro de 2011, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a limpeza de imóveis, o fechamento de terrenos não edificados e a construção e manutenção de passeios, suscitada pela **Eg. 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça**.

Relembre-se que, o recurso originário – apelação (fls. 112/119) – apresentado contra r. sentença de improcedência de **anulatória de multa administrativa** (fls. 02/07), pretendeu a declaração incidental de inconstitucionalidade da referida legislação, por infringência dos arts. 2º, 61, § 1º, II, ‘b’, da CF e arts. 5º, 25, 47, II e 144, da CE, entendimento **endossado** pela **Câmara suscitante** (fls. 162/165).

Acesso ao Sumário

Comporta acolhimento o incidente.

A Lei Municipal em apreço, de iniciativa parlamentar (Projeto de Lei nº 409/2010, do Vereador Domingos Dissei – fls. 69/75), é dominada pelo **vício de iniciativa**, fere a **independência** e **separação dos poderes** (“***Artigo 5º*** *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*”) e configura **<u>inadmissível</u>** invasão do Legislativo na esfera Executiva, afora onerar o erário sem indicar recursos.

Como bem salientado pela **Câmara suscitante**, à luz de entendimento do **C. Supremo Tribunal Federa**l, *“... a ulterior aquiescência do Chefe do*

Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade...” (fls. 161/162).

Confira-se, no mesmo sentido: “*... sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal.*” (ADI 2113/MG – j. de 04.03.09 – Tribunal Pleno – Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA** e ADI 2867/ES – j. de 03.12.03 – Tribunal Pleno – Rel. Min. **CELSO DE MELLO**).

Essa a posição majoritária da **doutrina** (**MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** – “Curso de Direito Constitucional” – Ed. Saraiva – 34ª ed. – 2008 – p. 197/198; **JOÃO JAMPAULO JÚNIOR** – “O Processo Legislativo Municipal – Doutrina, Jurisprudência e Prática” – Ed. Fórum – 2ª ed. – p. 83/85; **JOÃO JAMPAULO JÚNIOR** – “O Processo Legislativo – sanção e vício de iniciativa” – Ed. Malheiros – 2008 – p. 146 e **ROBERTO ROSAS** – “Direito Sumular” – Ed. Malheiros – 2012 – Súmula nº 5 do STF – p. 24/26, dentre inúmeros outros no mesmo sentido).

Ora, questionado diploma **não** se restringiu a **impor obrigações**, em nome de inequívoco interesse público, a munícipes (“*... executar, manter e conservar os respectivos passeios na extensão correspondente à sua testada...*” – art. 7º, *caput* – fls. 70), mas exigência atingiu **também** ao próprio Município (entenda-se – Executivo) identificado como ‘*responsável por imóveis, edificados ou não, lindeiros a vias ou logradouros públicos dotados de guias e sarjetas*’, na medida em que a ele incumbe, como decorrência da administração dos bens municipais, o **dever de conservação** dos bens municipais (**HELY LOPES MEIRELLES** – “Direito Municipal Brasileiro” – Ed. Malheiros – 2013 – p. 317), nesses incluídos, obviamente, imóveis com as características dos apontados na questionada norma.

Mas **não** é só.

Dispositivos expressamente criam obrigações ao Executivo (“*... criará um Disque-Calçadas...*” – art. 21, ***caput*** – fls. 74 e “*... promoverá as medidas necessárias para viabilizar a aplicação das normas previstas nesta lei, em sistema computadorizado, estabelecendo, mediante portaria, a padronização de procedimentos eletrônicos e demais documentos necessários ao seu cumprimento.*” – art. 22 – fls. 74).

Finalmente, impondo penalidades pelos descumprimentos de obrigações atribuídas aos proprietários de imóveis (***v.g.*** arts. 11, 12 e 14 – fls. 72) cria, direta e inquestionavelmente, para o Município, a **obrigação de fiscalizar** e ao impor o cumprimento delas – caracterizando inequívoca interferência na administração pública (amplia obrigações ao órgão municipal responsável pelo exercício do poder de polícia), gerando, consequentemente, despesas (ônus ao erário, sem a

Acesso ao Sumário

necessária indicação da fonte de custeio), na medida em que o cumprimento da lei, como posto, demanda recursos materiais e humanos.

Há inadmissíveis atribuições aos órgãos municipais.

Inequívoca a necessidade de limpeza e conservação de imóveis, terrenos não edificados e calçadas. Razoável disciplinar condutas pertinentes. Todavia, **não** há como manter norma municipal, de iniciativa parlamentar, impondo tamanhas incumbências ao Poder Executivo, máxime, como é o caso, gerando despesas sem indicação de recursos.

Ressalta, quanto ao ponto, inadmissível **imposição de obrigação à Administração**, quando a iniciativa para **organizar a Administração local** é privativa do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, 'e' da CF e **art. 144 da Constituição Paulista** – "*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípio estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*").

Sobre essa questão, assim já decidiu este **Colendo Órgão Especial**:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 4.814/2009, do município de Mogi Mirim, que dispõe sobre a proteção do meio ambiente na comercialização, na troca e no descarte de óleo lubrificante e dá outras providências.* ***Vício de iniciativa****. Matéria de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, já que* ***cria obrigação*** *para a Administração Pública. Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.* ***Diploma que implica aumento de despesa sem indicação da fonte de custeio****. Ofensa ao Princípio da Primazia. Impossibilidade de dividir a lei em partes válidas e partes inválidas. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente.*" (grifei – ADIn nº 0.325.669-36.2010.8.26.0000 – p.m. de v. de 04.05.11 – Rel. Des. **CAMPOS MELLO**).

"*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 401/2004, de Marília, emanada de proposição do Legislativo. Fixação de multa de R$ 1.000,00 para o particular que mantiver o passeio público esburacado ou irregular, e responsabilização do proprietário do imóvel pelas despesas médico/farmacêuticas daquele que porventura ali se acidentar. Providências administrativas de inegável impacto orçamentário. Iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo. Violação da competência legislativa privativa da União e burla ao princípio da razoabilidade. Vulneração dos arts. 5º, 47, II, 111 e 144, da Constituição do Estado. Inconstitucionalidade declarada. Ação procedente.*" (ADIn nº 0.402.253-47.2010.8.26.0000 – v.u. j. de 13.04.11 – Rel. Des. **JOSÉ ROBERTO BEDRAN**).

"***Compete ao Prefeito dispor sobre matéria de cunho eminentemente administrativo****, em face de sua competência privativa*

Acesso ao Sumário

para exercer a direção superior da administração municipal e praticar atos de administração (art. 47, II e XIV, da Constituição Estadual), nos quais se insere o serviço municipal de saúde.”

“Nesse contexto, a função legislativa da Câmara dos Vereadores deve ser de caráter genérico e abstrato, sendo-lhe vedada a prática de atos concretos de competência do Prefeito.”

“Estabelecidas essas condições, a aprovação da Lei nº 4.511/11 pela Câmara Municipal de Suzano, de iniciativa parlamentar, que criou o ‘Posto de Atendimento Veterinário do Município de Suzano’, revela-se manifestamente afrontosa ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, previsto no art. 5º da Constituição Estadual, de observância obrigatória pelos Municípios consoante prevê o art. 144, do mesmo diploma legal.”

“De sua simples leitura é fácil perceber que a lei não só criou o posto de atendimento, estabelecendo quais os donos de animais que poderão dele fazer uso, ***como também impôs ao Poder Executivo Municipal, através da Secretaria de Saúde, deveres de conduta****, como o de ‘realizar ações educativas sobre saúde animal e posse responsável’.”* (grifei – ADIn nº 0006258-12.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 23.05.12 – Rel. Des. **ELLIOT AKEL**).

“Incide em vício de iniciativa a norma Municipal guerreada, haja vista que ***invade esfera da gestão administrativa****.”*

“Isto porque, foi o Projeto de Lei proposto pelo Poder Legislativo. Após regular aprovação do texto, embora sem a sanção do Sr. Prefeito, a Câmara Municipal promulgou a referida norma.”

“Evidentemente, a Câmara Municipal, ao propor e aprovar a norma ***editou ato que gera obrigações e deveres para os órgãos executivos do Município****, sendo estas, inclusive, de forma abstrata.”*

“Dessa forma, não há como não reconhecer que a norma guerreada violou os artigos 5º, 37, e 47, II e XIV, todos da Constituição Estadual.” (grifei – ADIn nº 990.10.163283-7 – v.u. j. de 25.04.12 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**).

Posição recentemente reafirmada (***v.g.*** ADIn nº 0.193.097-14.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 23.04.14 – Rel. Des. **PÉRICLES PISA**; ADIn nº 2.004.600-45.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 02.04.14 – Rel. Des. **ARANTES THEODORO**; ADIn nº 0.088.288.70.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 26.03.14 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**, dentre outros arestos no mesmo sentido).

Mais não é preciso acrescentar.

Acolhe-se, portanto, a arguição, para reconhecer inconstitucionais os **arts. 7º, 10, I, § 3º, 11 e 12, da Lei nº 15.442**, de 09 de setembro de 2011,

Acesso ao Sumário

devolvendo-se os autos à Câmara de origem.

3. Acolho a arguição, com determinação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054940-90.2014.8.26.0000, da Comarca de (...), em que são agravantes L.A.M. e E.M.S., são agravados J.A.C. e R.R.C..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso para decretar a quebra do sigilo processual que grava a ação de destituição de poder familiar em exame, a pedido dos pais biológicos de Y.L.S.M., comunicando-se ao Juízo com urgência. Determinaram, outrossim: a) a remessa de cópia do acórdão lançado nestes autos e do acórdão lançado na Apelação nº (...) ao Senhor Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo; b) ao Senhor Secretário da Segurança Pública do Estado (notadamente em razão da informação de R.R.C. é (...), encontrando-se afastada), inclusive para dar efetividade à ordem de busca e apreensão de Y.L.S.M., com as cautelas elencadas no acórdão; c) ao Senhor Superintendente da Polícia Federal em São Paulo, a fim de impedir a saída do país de R.R.C. acompanhada ou não da menor Y.L.S.M., que deve ser restituída aos pais biológicos, e de J.A.C.; d) ao Senhor Delegado Corregedor Geral da Polícia Civil, para a consideração que merecer. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.536)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que indeferiu pedido de quebra de segredo de justiça em ação de destituição de poder familiar julgada improcedente, em execução, para viabilizar a localização da criança, ao argumento de que estariam os agravados descumprindo ordem judicial

de devolução da infante para os agravantes. Decisão revista. Hipótese que permite, sim, a quebra do sigilo, a pedido dos pais biológicos, que buscam a execução de decisão judicial passada em julgado, com a devolução da criança, nos limites do pedido, a fim de viabilizar a divulgação dos fatos envolvidos na lide. Divulgação dos fatos que não tem o condão de colocar a criança em situação vexatória ou constrangedora. Circunstância em que não se quer a exposição da criança em situação de violação de intimidade ou de identidade, pretendendo-se, sim, assegurar-lhe a volta aos pais biológicos, em cumprimento de decisão judicial, em face da recusa manifesta dos agravados. Agravo provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado por L.A.M. e E.M.S. contra a r. decisão que indeferiu o pedido de quebra de segredo de justiça para viabilizar a divulgação dos fatos debatidos nos autos à imprensa, visando localizar os agravados, os quais, segundo os agravantes, se opõem reiteradamente ao cumprimento da ordem emanada por decisão judicial definitiva de devolução da criança ao seio familiar biológico.

Relatam os agravantes que foram demandados pelos agravados em ação de destituição do poder familiar, ação esta que foi julgada improcedente, com a expedição de carta de ordem para que a criança voltasse a conviver com os agravantes. Contudo, os agravados se opõem ao cumprimento da ordem, pois se mudaram para lugar incerto, razão pela qual pedem a quebra do segredo de justiça para viabilizar a divulgação dos fatos à imprensa, visando localizar os agravados e a criança.

Indeferido o efeito ativo (fls. 523/524), foi colhida manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo provimento do recurso (fls. 603/606).

É o relatório.

O presente agravo comporta provimento.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente impõem que deve sempre ser preservada a imagem, a intimidade e o respeito às crianças e adolescentes, de forma que qualquer divulgação ou publicidade que possa identificar a criança que vive uma situação de risco ou de certo constrangimento violaria tais garantias individuais e frustraria os fins almejados para as quais foram criadas tais garantias.

Acesso ao Sumário

Reza a Carta Magna que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal).

Dispõe o art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente que "o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais".

E o artigo 155, do Código de Processo Civil, estabelece que os atos processuais são públicos, todavia, correm em segredo de justiça os processos em que o exigir o interesse público, que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Pois bem.

No caso em discussão, os agravantes, pais biológicos, em ação de destituição do poder familiar ajuizada pelos agravados, lograram resgatar a guarda da criança Y.L.S.M., conforme determinado no v. acórdão, mediante busca e apreensão a ser cumprida na Comarca de (...).

O v. acórdão da Colenda Câmara Especial desta Corte foi lavrado nos termos seguintes (**Apelação nº (...), da relatoria do E. Desembargador TRISTÃO RIBEIRO**):

> "J.A.C. e R.R.C. propuseram ação de destituição de poder familiar c.c. adoção contra L.A.M. e E.M.S., no tocante à menor Y.L.S.M.
>
> Após regular procedimento, que contou com intervenção de terceiros por meio de oposição e ação incidental de regulamentação de direito de visitas apresentada por S.B. contra autores e réus, sobreveio sentença que julgou improcedente a oposição; carecedora da ação incidental de regulamentação de direito de visitas proposta pela opoente, assim como julgou procedente a cautelar de busca e apreensão, confirmando a liminar deferida, e a ação de destituição de poder familiar c.c. adoção (fls. 893/903).
>
> Recorrem L.A.M. e E.M.S. ofertando preliminar de nulidade de sentença, por cerceamento de defesa, em razão da ausência da oitiva dos apelantes e violação ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, em breve resumo, discutiu que não houve qualquer motivo que justificasse a destituição, apresentando variada e aprofundada argumentação (fls. 914/954).
>
> Recorre também S.B.M. apresentando preliminar de violação do princípio da identidade física do Juiz. No mérito assentou que havia real condição da reinserção da menor na família biológica. Reclamou, ainda, do ***quantum*** fixado a título de honorários advocatícios (fls. 970/998).
>
> J.A.C. e R.R.C. ofertaram contrarrazões pela manutenção da r. sentença (fls. 1026/1044).

A Procuradoria de Justiça pronunciou-se e postulou o provimento do recurso para julgar improcedentes a busca e apreensão e a destituição de poder familiar e adoção, prejudicando-se a oposição. Subsidiariamente opinou pela anulação do feito (fls. 1059/1070).

A Presidência de Direito Criminal converteu o julgamento em diligência (fls. 1077).

Cumpridas as diligências, reiterou a Procuradoria de Justiça seu parecer no mérito (fls. 1189).

É o relatório.

Passo a apreciar as preliminares.

Ressaltam em seus recursos a opoente e L.A.M. e sua esposa E.M.S. que o feito apresenta nulidade insanável, pois a decisão foi proferida por Juiz que não presidiu a audiência de instrução.

Haveria, portanto, ofensa ao princípio da identidade física do juiz.

Efetivamente vislumbra-se dos autos que os atos de instrução foram colhidos pela MMª Juíza (...) ao passo que o feito foi sentenciado pelo MM. Juiz (...), sem que houvesse registro nos autos da motivação da abertura da conclusão para este Magistrado.

Não se olvide que o art. 132 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que **o juiz que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo (...).**

Bem por isso, imprescindível era o lançamento de algum registro ou certidão nos autos para que o repasse dos autos ocorresse sem transtornos para o julgamento. Assim, há de fato dúvida se havia alguma razão para que a sentença fosse prolatada por diverso magistrado que encerrou a instrução.

Entretanto, dado o estado do feito e atual competência da MMª Juíza, inviável e desarrazoado seria o retorno dos autos à Comarca de origem, pois em consulta à Diretoria da Magistratura – DIMA, sobreveio o informe que a MMª Juíza (...) é auxiliar da Capital, designada para assumir a (...) desde 16.11.2011.

Nessas condições, de qualquer forma prejudicada a apreciação da preliminar, porquanto, ainda que se reconheça eventual eiva, notadamente o feito seria julgado por terceiro que não presidiu qualquer ato do feito.

E de igual forma, também superada a preliminar restante, consistente em pleito de nulidade pela não oitiva dos genitores da menor.

Neste particular, impõe-se declarar prejudicado o pleito em razão da diligência determinada à fls. 1.077 e cumprida à fls. 1.185. Efetivamente, ainda que a destempo, foram colhidas as manifestações dos genitores, ora recorrentes.

E ainda na análise preliminar, desde logo, de ofício, tratando-se de matéria de ordem pública o que por certo viabiliza o reconhecimento em

Acesso ao Sumário

qualquer momento, cabe declarar a extinção da oposição sem julgamento de mérito, nos termos do art.267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Explico.

Celso Agrícola Barbi definiu oposição: '**...é o instituto pelo qual a pessoa que pretender, no todo ou em parte, <u>a coisa ou direito</u> sobre que pende demanda entre outras pessoas, vem propor sua ação contra elas, para fazer valer direito próprio incompatível com o direito das partes ou de uma delas.**' (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, 8ª edição, pág.184 – grifo nosso).

Extrai-se do conceito, de forma cristalina, que a opoente deve fazer valer, deve procurar guarida a um direito próprio na demanda contra as duas partes.

E justamente nesse ponto que não há um enquadramento correto no petitório da opoente recorrente. Veja-se que o cerne da ação principal não invade a esfera de seu direito.

Isto porque se busca na ação principal destituir os genitores biológicos do poder familiar, sendo este, por definição, **<u>o poder exercido pelos pais</u> em relação aos filhos, dentro da idéia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto** (Direito Civil, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Ed. Método, 7ª. Edição, pág. 387 – grifo nosso).

Ora, até por disposição legal, os únicos aptos a exercer o poder familiar são justamente os pais da menor, não havendo como promover a extensão de tal exercício para a opoente, avó paterna.

Entenda-se.

Conquanto a avó paterna seja parente e notadamente guarde afeto pela menor, haja vista o posicionamento firme desde o início contra a destituição, somente os pais detêm a competência para exercício do poder familiar.

Por consequência, não há como considerar a legitimidade da avó paterna na ação principal. A ela não cabe discutir a persistência ou não do poder familiar.

Não fosse suficiente a ausência da **legitimatio ad causam** da avó para discutir o tema da extinção ou manutenção do poder familiar, também se verifica a falta de interesse processual, pois o meio utilizado não se mostrou adequado para assegurar alguma pretensão da avó quanto à neta.

Poderia a avó dispor eventualmente de pleito de guarda ou mesmo tutela da neta, tendo legitimidade para tanto em virtude do parentesco, mas não poderia discutir termos específicos da ação principal ora analisada.

Inviável, portanto, era a admissão da oposição.

Vencida a matéria introdutória, passo a apreciação do mérito do

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

recurso proposto pelos genitores biológicos.

Ante a prova produzida, indiscutível que houve grave equívoco no desfecho do feito, porquanto não havia qualquer motivo para que ocorresse a destituição do poder familiar do casal L.A.M. e E.M.S. e consequentemente viabilizar a adoção da menor.

E o grave equívoco pode ser apreciado desde o nascimento da ação principal, quando a razão do suposto **descaso ou falta de amparo** dos recorrentes em relação à própria filha foi exaltado por um documento estranhamente originado no Conselho Tutelar, local em que foi elaborado um **termo de advertência, entrega e responsabilidade** (fls. 13).

Anote-se que tal documento foi concebido como se fosse a concessão de guarda da menor em clara afronta ao próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

Basta dizer que da simples leitura do art. 136 não se extrai em nenhum momento que o conselheiro possa conceder a guarda a outrem, mesmo que mascarada por um termo de **advertência, entrega e responsabilidade**.

Em outras palavras, o Conselho Tutelar, de início, extrapolou sua atribuição e o fez de maneira temerária!

Notadamente se houvesse risco, como disseminado, caberia o acolhimento da menor para posterior decisão judicial, mas não poderia a conselheira se arvorar de órgão decisório para assinalar a aptidão desta ou daquela família para recebê-la ou mesmo indicar a 'aprovação' da adoção.

E verdadeiramente surpreendente que o ofício do Conselho Tutelar tenha sido encaminhado ao advogado da parte interessada, quando os informes deveriam ser repassados de imediato a alguma autoridade para urgente providência (fls. 14).

Daí, natural que sobressaiam suspeitas do quanto contido no documento, situação bem exaltada pelo D. Procurador de Justiça:

'**O motivo de tal privilégio reside em que a requerente R. é funcionária lotada em unidade da (...) localizada no mesmo prédio do Conselho Tutelar de (...), onde trabalha a Conselheira Tutelar signatária dos documentos de fls.13 e 14.**' (fls. 1.061).

De qualquer forma, ainda que se considere o teor do documento digno de fé, o que a esta altura se faz apenas por força de argumentação, verificou-se que em nenhum momento houve prova concreta que os apelantes **impunham maus tratos aos filhos; que a genitora não teria carinho com a criança ou que ela se apresentasse debilitada**. Na mesma esteira, não há sinal que **o genitor brigava muito com a genitora por ter dúvida da paternidade**.

As informações vigorosas e que fomentaram o pleito inicial foram se debilitando no decorrer da instrução, a ponto de se tornarem

Acesso ao Sumário

superficiais e comprometerem por completo sua credibilidade.

Igualmente verifica-se que a exordial que acentuava que a menor, quando contava com menos de um ano, **estava em estado de subnutrição, suja, maltrapilha**, e que passou a ser assistida pelos recorridos, vindo a permanecer **em definitivo com eles a partir de dezembro de 2004** e que **os reconhecia como pais**, não se concretizou em nenhum momento em sua essência para amparar o pleito de destituição do poder familiar.

Aliás, dois outros informes contidos na exordial também foram objeto de dúvidas quando da análise do feito. O episódio anunciado que os recorrentes mantinham um prostíbulo em (...), local em que a menor vivia em condições precárias, e o retorno da família à (...) num veículo **buggy**, que teria sido verdadeiramente o marco, haja vista que havia suspeita que os recorrentes poderiam apanhá-la e não devolvê-la, para que os recorridos providenciassem a documentação para a distribuição da inicial.

Não se pode deixar de bradar: os recorridos estavam obstando a própria filha aos recorrentes, genitores biológicos! E isto somente se justificaria com algo muito sério, dada sua excepcionalidade.

Havia efetivamente algo pairando entre recorrentes e recorridos, haja vista que o Conselho Tutelar providenciara o documento em 24 de janeiro de 2007 (famigerado termo), noticiando um fato que ocorrera em 20 de janeiro de 2007 (**retirada da menor pelos recorrentes e o comportamento dos recorridos que foram buscá-la**) e a ação de destituição c.c. adoção foi distribuída em 25 de janeiro de 2007.

Contudo, vale ressaltar que em data anterior, precisamente no dia 23 de janeiro de 2007, ocorreu a distribuição da ação de busca e apreensão da menor ofertada pelos recorrentes (feito em apenso), ação que foi instruída com cópia de um boletim de ocorrência (BO/PM, fls. 14/15 do apenso) registrado em 22 de janeiro de 2007 onde se noticiou que os recorridos teriam apanhado a menor no dia 20 de janeiro de 2007 e não devolvido no dia seguinte, conforme combinado.

E anote-se que apresentado o caso ao Distrito Policial, um investigador informou que o casal recorrido **obtivera uma documentação**, deixando assim de elaborar o registro (fls. 14/15 do apenso).

E aqui mais um indicativo que a figura da recorrida R., pelo vínculo que tinha com a (...), já tinha a facilidade de obstar uma ação legítima dos recorrentes, qual seja, postular auxílio da polícia judiciária, haja vista o registro no BO/PM que o **investigador J.R. fora informado pelos meios competentes que o casal Sr. C. e Sra. R. estavam com documentação de guarda provisória de I. concedido pelo Conselho Tutelar**.

Quem ou qual seria o “**meio competente**” da cidade de (...) a propagar uma notícia com tamanha rapidez?

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

E veja-se, seriam os recorrentes efetivamente desleixados ou desinteressados com a própria filha tendo procurado a polícia militar, a polícia civil e o judiciário com a busca e apreensão? Havia algo nebuloso no caso.

Curioso que no decorrer do procedimento da busca e apreensão a Conselheira Tutelar tenha apresentado similar ofício (fls. 21 do apenso) àquele instruído na ação principal (fls. 14), mas com diferença de data (**no ofício da ação principal houve indicação que os recorrentes apanharam a menor em 20/01/2007 e no decorrer da busca e apreensão o ofício assinalou o dia 22/01/2007**).

Talvez tenha sido equívoco datilográfico, pois nos mesmos autos de busca e apreensão foi feita a juntada de um terceiro ofício, com similar teor, oriundo da Conselheira Tutelar já com o apontamento do episódio do dia 20/01/2007.

Entretanto, o que efetivamente se extrai dos ofícios, mormente daquele constante à fls. 21 dos autos de busca e apreensão, é um claro direcionamento da menor para o casal recorrido. Não bastasse o já assinalado apontamento desabonador dos recorrentes (**consolidando o desinteresse para com a menor, denúncias de maus tratos de todos os filhos**), termina o documento com a absurda 'decisão', nitidamente unilateral e abusiva em prol da recorrida R..

'**Mediante a todo conhecimento que temos deste caso, foi entregue neste dia um Termo de Entrega e Responsabilidade para o casal, já que o mesmo tem condições e intenções de adotá-la. Diante disso o Conselho Tutelar tomou a atitude de dar o Termo de Entrega e Responsabilidade para a Sra. R. diante dos fatos que ela relatou**' (fls. 21 – grifo nosso).

Como nessa repentina análise o Conselho Tutelar, sem estudos psicológicos, estudos sociais e do contraditório pode concluir que os recorridos tinham condições de adotar a menor?

Como sacramentar que todas as informações repassadas por R. foram verdadeiras a ponto de deferir a entrega da menor ao casal recorrido?

Pior ainda, dos autos não se verifica qualquer mobilização do Conselho Tutelar ou mesmo do Promotor e tampouco do Juiz em apresentar ou requisitar os 'vastos registros' de maus tratos anunciados no relatório!

Nada, além de um ofício mal conduzido e suspeito, habilitava a conferir qualquer credibilidade à descrição contida na exordial.

A contestação da ação principal rebateu todos os argumentos lançados, consolidando a vertente da negativa absoluta do abandono ou entrega da filha. Acenou a peça, basicamente, que as famílias eram próximas e que o casal recorrido, mormente R., começou a se apegar

Acesso ao Sumário

muito à menor e culminou com a deliberação de passar breve período na casa deles. Essa constância foi criando um desgaste e notadamente houve a mudança para (...), levando os recorrentes a própria filha para lá morar. Porém, lá apareceu R. que, sob argumentos sentimentais, conseguiu levar a menor de volta, comprometendo-se a devolvê-la em data próxima. Porém, essa devolução não ocorreu o que propiciou o deslocamento definitivo da família até (...) para reaver a filha. Negaram envolvimento com exploração de prostituição e também a versão do Buggy.

Não se pode perder de vista, sem sopesar com profundidade o quanto argumentado pelas partes, que desde logo houve a juntada de documentos para atestar que a família extensa, por certo a avó paterna e tios, já afirmavam e reafirmavam o total interesse da manutenção da menor no seio familiar (fls. 51/65).

Não seria o momento de explorar essa possibilidade, conforme direciona a lei? Mais uma vez, tal vertente não foi apreciada.

Dois meses depois da distribuição da ação de busca e apreensão, quando o MM. Juiz já tinha que ter tomado as rédeas do presente feito e principalmente **decidido acerca da guarda**, pois até então a **guarda** se sustentava por **decisão** do Conselho Tutelar, sobreveio notícia pelos recorridos que o recorrente L. teria invadido a escola e teria sequestrado a menor (fls. 71/72).

Note-se, o pai ‘sequestrando’ a própria filha!

Mas a menção do petitório mencionado, que naquela época poderia ter uma veia de razão, surpreende por seu clamoroso equívoco. Vale o registro: ‘**É certo que a menor Y. se encontra em situação de risco, uma vez que <u>seus genitores biológicos mostram não ter freios sociais e já demonstraram não ter amor pela filha</u>’.**

A toda evidência cometeram os recorrentes um sério equívoco, mas a tônica da arriscada atitude tinha uma única justificativa, qual seja, o amor que nutriam pela filha. Somente o grau desse sentimento poderia deturpar e afetar o racional.

Saliente-se o quanto registrado no boletim de ocorrência de 22.03.2007, que ...**comparecem nesta Delegacia de Polícia <u>os responsáveis legais pela criança Y., noticiando que esta com a guarda da menor</u> e que nesta data**... (fls. 74).

Entenda-se. Somente em 24.03.2007 é que houve a intervenção judicial para a regularização da guarda, com sua concessão em favor dos recorridos.

E os recorridos tinham conhecimento que aquele documento conferido pelo Conselho Tutelar de guarda não se tratava – **muito embora para a polícia civil fosse porque os meios competentes assim o disseram** – pois cuidaram de tentar regularizá-la efetivamente

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

Acesso ao Sumário

com o petitório de fls. 76/77.

Na sequência, uma verdadeira simbiose de trabalho de Vara Criminal ocorreu, pois não bastasse o relatório (fls. 101/103) e depoimentos juntados aos autos (fls. 108/113), o MM. Juiz da Infância e Juventude, nos autos de destituição de poder familiar c.c. adoção, decidiu por medida cautelar nitidamente investigativa, ao deferir o pleito da Delegada de Polícia (**autorização para que as Concessionárias de Telefonia repassem as ligações efetuadas e recebidas por várias linhas**).

Havia um acentuado e natural interesse da (...) no desdobramento do caso, justamente porque R. pertencia ao quadro. Era funcionária, era amiga.

Notou-se então um verdadeiro hiato na ação principal, pois ao invés de determinar a requisição dos registros do Conselho Tutelar ou mesmo de aferir as eventuais representações contra os recorrentes em sede de Infância e Juventude, enquanto a polícia procurava a menor, nenhuma diligência nesse sentido foi feita. Sobrevieram apenas manifestações dos envolvidos para indicação de testemunhas, fotos e relatório da escola da menor.

Verdadeiramente o feito apenas voltou a pulsar quando a menor foi localizada, conforme a certidão de 27 de agosto de 2007 (fls. 202/203).

Conquanto a audiência de instrução estivesse designada para setembro de 2007 (fls. 140), com o encontro da menor, postergou-se a audiência para data próxima (fls. 209).

Este ato, apreensão da menor, foi o ponto de partida para a realização dos estudos sociais pertinentes.

De outra parte, surpreende por sua profundidade o relatório da policial N. (fls. 222/224), pois não só fixou as percucientes diligências empreendidas, **como constatou que o casal recorrente era de fato proprietário de uma casa de prostituição e que inclusive tiveram problemas com o Conselho Tutelar local que teria tirado os filhos deles provisoriamente**.

E o que fez o juiz ou o promotor ou mesmo que fizeram os recorridos quanto a notícia de problemas que os recorrentes tinham com o Conselho Tutelar de (...)? Nada, simplesmente a informação foi ignorada.

Pois bem, a sucessão de atos coletados na sequência, verdadeiramente impressiona como bem ressaltou o D. Procurador de Justiça.

Os recorrentes até então foram tachados de negligentes, tachados de descuidados, de falta de amor e de outros indicativos pouco louváveis no tocante à própria filha.

Contudo, o que se extrai do relatório do Conselho Tutelar de

(...) contrariou de maneira frontal os dizeres até então ressaltados e tidos como verdadeiros, pois relembro que se deu inicial credibilidade ao argumento contido na ação principal e no documento oriundo do Conselho Tutelar de (...).

O relatório de fls. 277/278, firmado nada menos que por cinco conselheiros, escancarou uma situação totalmente diversa daquela estampada pelos recorridos. TRATAVA-SE DE UMA FAMÍLIA NORMAL. Nenhuma filha aparentava falta de cuidado, carente, maltrapilha, suja. E tais informes não só provieram daqueles que viram com **olhos de ver**, como também foram coletados a partir de informes de vizinhos.

'..., vimos que a condição de moradia é considerada normal, sem maiores problemas..., as condições em que foi encontrado, foi a melhor possível, pois as crianças estavam em horário de almoço, junto aos genitores e ainda uma Babá, que cuida dos menores na ausência dos Pais quando estão trabalhando.

Sobre o vínculo afetivo, só temos boas impressões, pois a todo momento, Y., ficava grudada com a Sra. E., e também com suas irmãs, demonstrando ser uma família considerada normal...'

Não se pode deixar de mencionar o verdadeiro transtorno emocional que a menor foi submetida, pois ao se deparar com a recorrida R. a chamou de **bruxa**, fazendo referência, aos prantos e aos gritos, que a mãe dela era E..

Bem tratada e bem vinculada à família!

Seria esse o risco tão propagado pelos recorridos?

Neste momento cabe a reflexão do verdadeiro desajuste entre a conclusão do Conselho Tutelar de (...) e o de (...) e imaginar, a considerar como digno de fé o colocado pelo Conselho de (...), como uma família – dos recorrentes – pode mudar tanto em questão de meses, com a pressão da fuga da polícia, com a pressão de estabelecer numa cidade e procurar empregos? De uma família desestruturada passou a ser uma família normal...

Havia algo de estranho no relatório obtido em (...)! Óbvio!

Dir-se-á que pode ter sido mera impressão do Conselho Tutelar de São Sebastião, mas o que dizer do relatório policial de fls. 280/281 que desbordou em verdadeiro desabafo para cumprimento de uma ordem?

'...Um dos fatos que chamou a atenção foi o carinho que a criança Y. tinha para com a mãe e o carinho da mãe para Y., sendo que Y., encontrava-se muito feliz em sua casa e em companhia de suas irmãs e todas bem cuidadas e alimentadas.'

E não é só.

O relatório da Casa da Criança conferiu a tônica que a menor identificava em E. a sagrada figura de sua mãe (fls. 283).

Não fosse suficiente, foi lavrado um relatório de assistente social

Acesso ao Sumário

que conclui pela **normalidade** da situação familiar dos recorrentes (fls. 284/285).

O estudo social do juízo não destoou de nenhuma informação trazida pelos setores de (...), **sugerindo em outubro de 2007 que os recorrentes L. e E. tinham totais condições de reaver a guarda da filha** (fls. 297/300).

É certo considerar que o relatório social dos recorridos e da avó paterna também estabeleceu que '**ambos os lares visitados mostraram-se adequados à permanência da criança**' (fls. 355/358).

Ora, até este relatório, datado de 25 de fevereiro de 2008, uma simples conclusão se extrai: qualquer uma das famílias, recorrentes, recorrido, avó paterna tinham condições de criar a menor, o que nos cabe novamente refletir o motivo pelo qual a menor não estava com sua família de origem ou mesmo a extensa?

Até então não existia qualquer razão para encontrar no comportamento dos recorrentes qualquer incidência que afrontasse o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente ou o art. 1638 do Código Civil.

Nessa toada, a prova oral tampouco modificou o quadro até então colhido.

E.P., conselheiro tutelar de (...), confirmou **in totum** o relatório outrora emprestado, confirmando a normalidade do vínculo e da convivência da menor com a família de origem (fls. 405/406).

J.A.C. reconheceu a proximidade com a família dos recorrentes e encampou que a menor Y. era bem debilitada fisicamente. Passou com a esposa a cuidar da menor e esta acabou ficando em sua casa. Reconheceu que a família de origem apanhou a menor e a levou para (...), mas acabou entregando de novo. Anunciou que a menor não tinha intimidade com a avó paterna. Fez referências a boate de (...), ao vínculo com a menor e a proteção que queriam para ela, quando sucedeu o **sequestro**. Consignou que a menor foi entregue para ser cuidada (fls. 465/475).

Na mesma esteira R. que tentou demonstrar como formou o vínculo com a menor, utilizando-se da mesma sintonia do consorte. Caracterizou que a menor fora rejeitada pelos genitores e que havia maus-tratos, porquanto não trocavam com assiduidade as fraldas e porque o genitor dizia que não era o pai dela. Poucos detalhes conferiu ao reencontro com a menor em (...) (fls. 476/495).

E como era de se esperar, S., a avó paterna, contestou todo o histórico do casal J.A. e R.. Negou a rejeição, o abandono e estabeleceu que não havia razões para afastar os recorrentes da guarda da menor (fls. 496/507).

A Delegada C. em tom superficial disse que no início a menor

era debilitada. Disse ainda que a menor é bem tratada por R.. Veio a confirmar a existência de uma casa de prostituição em (...). Não soube explicar o motivo pelo qual não foi lavrado um boletim de ocorrência em sua Delegacia que versava sobre o desaparecimento da menor com R. (fls. 508/515).

J. tão somente discorreu sobre o comportamento da menor na escola e o bom tratamento do casal J.A. e R. (fls. 516/520).

A. apenas ilustrou o bom tratamento recebido pela menor pelos recorridos (fls. 521/524).

N. nitidamente tentou enaltecer a colega R. para desbordar em pontos que comprometem sua credibilidade. Ao descrever a diligência da recuperação da menor, destoa por completo do quanto produzido em juízo. Ressaltou que a menor estava irreconhecível, debilitada, infestada de piolhos, cheia de micose e que apenas chorava, mas não percebeu se R. fora chamada de **bruxa**. Fez referência à casa de prostituição dos recorrentes (fls. 525/532).

D. também fez referência suspeita que a menor encontrava-se maltratada quando recuperada. Acrescentou que na ocasião a menor não estava reconhecendo R. como a mãe (fls. 533/539).

Objetivamente, torno a insistir, pelas declarações e depoimentos das testemunhas dos recorridos absolutamente nada se extrai para considerar que os recorrentes praticaram qualquer ato tendente a viabilizar a consequência grave e última da destituição do poder familiar.

Com efeito, as notas de maus tratos, abandono ou similar pecam por um vazio surpreendente, nada fomentando os termos da petição inicial. Curioso até que as testemunhas policiais transmitiram descrições parciais, exaltando que a menor quando recuperada estava muito diferente do momento em que se encontrava com os recorridos, olvidando-se do contraponto fornecido pelos relatórios policial, da assistente social e do Conselho Tutelar de (...) e dos depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório (fls. 594/597), estes sim isentos no caso, pois não tinham qualquer vínculo com qualquer uma das partes.

Aliás, a referência aos personagens citados de (...) vem ao encontro da conclusão do próprio serviço social do Poder Judiciário daquela Comarca, quando concluiu há muito que a família dos recorrentes tinha plena condições de acolher e cuidar da própria filha.

Mas uma coisa assombra nos presentes autos: ninguém, absolutamente ninguém se preocupou em ouvir em juízo a signatária do famigerado documento de fls. 14, a Conselheira Tutelar M.L.O.C.!! Ou mesmo qualquer outro conselheiro para ouvir os variados problemas de convivência entre os genitores recorrentes e as filhas!!

A bem da verdade, até mesmo houve a imperdoável falta de sensibilidade para colher as declarações dos genitores biológicos em audiência, providência imprescindível num caso de tal natureza, sob

Acesso ao Sumário

o incorreto e pobre argumento **de que não havia requerimento para tanto** (fls. 463).

Descomunal omissão que prejudicou: o conhecimento da causa, o conhecimento da verdade e principalmente, pelo que se extrai do triste contexto, a vida de uma menor de tenra idade.

Como era de se esperar as testemunhas restantes, arroladas pelos recorrentes e pela opoente, com exceção de R. (fls. 608) e G. (fls. 558/559), apresentaram as virtudes dos pais da menor e a viabilidade que esta ficasse no seio familiar ou extenso (fls. 540/571).

E não fosse suficiente esse panorama sombrio em relação ao destino da menor de idade, talvez o único alento sóbrio no presente caso foi o parecer do Ministério Público apresentado na ação incidental de visitas proposta pela avó paterna e distribuída em 09 de maio de 2008 (fls. 75/83 apenso ao 1º volume), onde categoricamente se apontou que não havia razão para o rompimento do vínculo familiar.

O relatório psicológico, datado de 26 de maio de 2009, providenciado no apenso mencionado e nos autos principais praticamente resumia todo o imbróglio judicial. Revelou que a menor ainda mantinha na memória a figura dos genitores e das irmãs, mas vivenciava verdadeiro transtorno psicológico pois ainda não passara por qualquer tratamento nesse sentido. Marcante, ainda, que na entrevista com os recorridos, eles não estamparam com profundidade o abandono, os maus-tratos, a tal casa de prostituição externados alhures. Mais uma vez, os recorridos adotaram a superficialidade como tom de justificar a destituição e a adoção (fls. 94/102-apenso e fls. 691/698 dos principais)

E mais uma profissional estampou de forma clara:

'**2. Inexistindo elementos que produzam a destituição dos pais e contra-indique o exercício do direito de visitas, (...). Recomendamos ainda a aproximação gradativa e supervisionada dos pais com a infante.**' (fls. 101-apenso e fls. 697 dos principais – grifo nosso)

Acrescente-se algo que fortalece a argumentação dos recorrentes quando insistem em dizer que nunca abriram mão da filha, ou seja, a menção no laudo psicológico que: **'Sra. R. esclarece que os pais de Y. nunca falaram em doá-la a eles, que quando a devolveram 'disseram que podia ficar com ela sem prazo, mas sem doação'' (sic.)** (fls. 692)

O Estudo psicossocial trilhou pela mesma senda ao desnudar o comportamento dos recorrentes: '**Não observamos qualquer situação de violência doméstica ou negligência, ao contrário demonstram muita afetividade para com os filhos**', **para, então, culminar num ponto verdadeiramente doloroso: 'Entendemos que a criança Y. foi afastada de sua família biológica de uma forma violenta, desrespeitando seus direitos preconizados no ECA e**

Acesso ao Sumário

sem fundamentos e embasamentos para ser colocada em família substituta' (fls. 704). Aliás, o mesmo teor e conclusão do laudo de fls. 795/796.

Outrossim, não havia a menor dúvida que o relatório social dos recorridos seria positivo, pois ninguém em sã consciência duvidaria da dedicação deles para com a menor (fls. 812/815).

O que efetivamente se discute incessantemente neste voto é que dos autos saltam aos olhos uma situação única, que não houve prova concreta, percuciente, palpável que os recorrentes teriam abandonado a própria filha ou mesmo teriam perpetrado maus-tratos que justificassem a abrupta conclusão da sentença.

A decisão de primeiro grau deixou efetivamente de sopesar a realidade para tratar de apresentar uma retórica em total descompasso com as provas dos autos. Pior ainda, desvendou uma total falta de sensibilidade, porque deixou de analisar ou enfrentar, mesmo que de modo superficial os variados relatórios produzidos nos autos que sugeriam a manutenção do vínculo familiar.

Vale insistir, **todos os relatórios produzidos com os recorrentes consignaram que se tratava de uma família normal, com cuidados extensivos à toda prole**.

Desconsiderou a sentença todo o drama vivenciado pela menor quando foi apreendida em (...), quando notadamente, claramente, escancaradamente, mantinha vínculos com toda família natural!

Daí a menção clara e direta do D. Procurador para afastar o quanto contido na inaugural dos recorridos. Vale a transcrição:

Y nasceu no dia (...) (cf. fls. 12) e os fatos acima ocorreram no dia (...) (cf. fls. 274 e 281), ou seja, quando **Y. tinha 3 (três) anos e 6 (seis) meses**, circunstância que coloca em cheque a versão contida na exordial e acolhida pela r. sentença, uma vez que **ficou claro que a criança mantinha fortes vínculos afetivos com os genitores, manifestando, espontaneamente, verdadeira repulsa pela autora R., ora apelada**.

Diante de tais evidências, como aceitar as afirmações contidas na exordial, de que: a) 'em dezembro de 2004 (Y) passou a viver definitivamente com os requerentes' (cf. fls. 03, item 3º); e b) 'Deve-se ressaltar que Y pouco permaneceu com os genitores e reconhece os autores como seus pais(..)' (cf. fls. 04, item 7º)???? (fls. 1064).

A decisão chega a ser tão míope que julgou procedente **a ação de busca e apreensão, confirmando a liminar deferida** (fls. 902), quando a ação foi ofertada justamente pelos recorrentes L.A.M. e E.M.S. e cuja liminar não foi objeto de deferimento!

Enfim, não há prova concreta de abandono, de maus-tratos, de desleixo, de qualquer ato que justificasse a perda do poder familiar. A considerar o registro de nascimento tardio e até o atraso na vacinação

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

como fatores decisivos para destituição, certamente uma grande parte da população brasileira sofreria ação de tal natureza.

Desnutrição ou descuido foram fomentados pelos recorridos, mas não foram comprovados de qualquer forma. E mesmo na época da apreensão da menor em (...) não se pode dar mínima credibilidade aos (...) colegas de R. que depuseram e destilaram a **péssima condição** da menor, quando relatórios e testemunhas imparciais ditaram exatamente o contrário.

Tampouco houve prova que os recorridos mantiveram a casa de prostituição. Qual a sua localização, endereço? Quais seriam as testemunhas que se aventuraram a trabalhar lá e que foram levadas de (...) ou região? E o taxista que foi mencionado por R.?

E onde estão os relatórios promovidos pelos Conselhos Tutelares de (...) e (...) para atestar ou indicar o péssimo ambiente familiar dos recorrentes?

Guarde-se que mesmo que os recorrentes viessem a explorar a prostituição, o que se faz por mera força de argumentação, haveria a necessidade de estabelecer a prova que os genitores biológicos estivessem violando deveres para com a prole.

Imperou, assim, o vazio de prova, imperou a falta de responsabilidade para verificar que não havia qualquer razão para destituir o poder familiar.

As famílias nitidamente eram próximas e tal proximidade facilitou o acesso dos recorridos à menor. Isto é incontroverso, isto é inegável. Colaborando com a criação, os recorridos exageraram na expectativa em alterar o curso da realidade. Para fazer prevalecer seu sentimento, tolheram e obstaculizaram o amor paterno e materno.

A diligência estabelecida em segundo grau apenas ressaltou o que já se corporificara em primeiro grau: que os genitores e a opoente não concordavam de nenhuma forma com a destituição e adoção; que a menor é bem tratada pelos recorridos (fls. 1.140/1.143), mas a opoente, avó paterna, tinha condições de exercer a guarda (fls. 1.126/1.130); que os genitores não apresentam qualquer problema para reaver a filha (fls. 1.166/1.168).

Como dito e redito, inegável que a menor está sendo bem tratada e é cercada de carinho, mas não há como fazer prevalecer um vínculo que começou de maneira equivocada, arriscada e porque não dizer, ilegítimo. Nenhuma prova do abandono ou do péssimo comportamento moral retratada nos autos pelos recorridos encerrou credibilidade. O relatório obtido por intermédio do Conselho Tutelar merece séria investigação, pois obtido de maneira obscura, sem os devidos cuidados que cercam o regramento da conduta do conselheiro. A noticiada proximidade Polícia/Conselho também não deve escapar da atenção, pois a polícia nitidamente obstou a elaboração de um boletim de ocorrência sob um

Acesso ao Sumário

pretexto duvidoso, escapando também dois policiais de investigação de falso testemunho porque não foram compromissadas na ocasião dos depoimentos, haja vista as menções incompatíveis com o contexto da prova.

Todos esses elementos reunidos compuseram um triste cenário de verdadeira manipulação de provas.

Querendo o bem da menor, ou melhor, querendo um bem pessoal, acreditando cegamente e de certa forma egoísta que estavam fazendo um bem para a menor, acabaram os recorridos provocando verdadeiro transtorno em sua vida e pior, secundados por subsequentes decisões judiciais de primeiro grau que não atentaram a profundidade do caso. A sentença encerrou triste capítulo de conferir credibilidade em algo inacreditável, em transformar a mera suspeita em prova concreta, em subverter a ordem natural de ver uma criança crescer no seio de uma família estruturada para deixá-la em um família substituta.

Nos autos, no papel, no processo, há reparos viáveis, mas e na vida de uma menor de tenra idade?

Retirar um filho de uma família equivale a arrancar um pedaço de vida. Retirar de forma injusta não só arranca, como transforma o gosto da vida em algo amargo.

As lágrimas que percorreram o rosto da recorrida R. em sua declaração judicial não tinham o mesmo sabor daquelas que marcaram os recorrentes L. e E. nas respectivas declarações, pois estas eram muito mais ácidas. Verdadeiras lágrimas de injustiça, de impotência e da mais pura tristeza.

Talvez o desfecho fosse outro e mais rápido acaso os recorrentes não tivessem agido tresloucadamente, mas nitidamente foram impulsionados pelo desespero. O amor exagerado cega. Isso ocorreu com os recorrentes e, porque não admitir, com os recorridos.

E o exagero de parte a parte cobrou um preço alto.

A única agente punida com todo este volumoso feito é justamente aquela que deveria ser protegida.

A preocupação que se enfrenta agora é muito maior do que se imagina, qual seja, a preservação psíquica da menor Y. Não é difícil concluir que a menor encontra-se alienada, até porque segundo o parecer psicológico particular providenciado pelos recorridos, houve o anúncio da menor acerca dos genitores biológicos como "**aqueles que me roubaram**" (fls. 775).

E mesmo ante essa situação crítica, há necessidade que se restabeleçam os vínculos com a família, porque assim preza a Constituição, assim preza a lei, porque assim preza a justiça, porque assim deve ser.

Diante do exposto, por meu voto, afastadas as preliminares, julgo

Acesso ao Sumário

extinta a oposição promovida por S.B.M. contra J.A.C., R.R.C., L.A.M. e E.M.S., com fundamento no art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil, julgando ainda prejudicado o pedido incidental de visitas; **dou provimento ao recurso de L.A.M. e E.M.S. para julgar improcedente o pedido de destituição de poder familiar c.c. adoção promovida por J.A.C. e R.R.C., devolvendo-se o poder familiar no tocante à menor Y.**, invertendo-se neste caso a verba honorária fixada na sentença para os recorrentes L.A.M. e E.M.S., mantida a verba a que foi condenada a Opoente, pois fixada em parâmetro razoável, levando em conta o grau e a qualidade do serviço prestado.

O extenso tempo de convivência da menor com os recorridos torna imprescindível a tomada de certas cautelas, máxime para preservação da integridade psicológica da criança. Assim, a busca e apreensão da menor deverá ser realizada com acompanhamento de assistente social, com posterior entrega no fórum local aos genitores, sem prejuízo de acompanhamento psicológico na comarca de domicílio dos apelantes.

E ao desfecho do presente caso, determina-se a instauração de inquérito policial para apuração de eventual delito em desfavor da Conselheira Tutelar M.L.O.C., signatária do documento de fls. 14, pois não bastasse apontamentos totalmente divorciados da realidade, prejudicou os recorrentes e alterou a verdade sobre fato juridicamente relevante, qual seja, a inexistência de qualquer razão para a entrega da menor aos recorridos.

Deixa-se de tomar providências para apurar o delito do art. 342 do Código Penal contra os demais agentes estatais de (...): policiais N. e D., pois prestaram declarações judiciais sem compromisso"

Sucede, porém, que a despeito da ordem de busca e apreensão, lançada no julgado de 4 de fevereiro de 2013, a criança jamais foi encontrada, como não encontrados os agravados.

Diversas diligências foram realizadas no sentido de cumprimento da ordem, mas todas infrutíferas. Jamais os agravados foram localizados. Jamais a criança foi localizada.

Acesso ao Sumário

Diante de tal quadro, os agravantes requereram autorização ao Juízo *a quo* para divulgação dos fatos perante os meios de comunicação, convencidos de que a medida resultará na localização da criança.

Não se discute que o comando da Carta Política Nacional vai no sentido de que a restrição à publicidade de atos processuais envolvendo menores decorre da necessidade da defesa da intimidade. E nem se olvide que o Estatuto da Criança preconiza que o direito ao respeito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança abrange a preservação da imagem e da identidade.

Mas essas garantias só tem sentido quando tem por norte a preservação

dos direitos da criança, não de terceiros, notadamente aqueles que, compelidos a entregarem-na aos pais biológicos, por decisão judicial, não o fazem, desaparecendo com ela.

O julgado da Corte estabeleceu, proclamou, reconheceu que a criança tem o direito de viver no seio de sua família biológica. E em nenhum outro lugar.

Portanto, se é verdade que o sigilo processual é a regra, não menos verdade que ele tem cunho protetivo à criança e não pode ser pode ser mantido a todo custo quando acaba por materializar a possibilidade concreta de violar direito legítimo da criança, reconhecido judicialmente.

Não se trata, ademais, de direito absoluto, podendo ceder a direitos de terceiros, no caso os pais biológicos, e ao interesse público do Estado, de ver cumprida de forma eficaz decisão judicial passada em julgado.

Portanto, a hipótese discutida nos autos permite, sim, a quebra do sigilo, a pedido dos pais biológicos, que buscam a execução de decisão judicial passada em julgado, com a devolução da criança, nos limites do pedido, a fim de viabilizar a divulgação dos fatos envolvidos na lide.

Observo que a divulgação dos fatos não tem o condão de colocar a criança em situação vexatória ou constrangedora. Não se quer a exposição da criança em situação de violação de intimidade ou de identidade. Muito pelo contrário. O que se pretende, em favor dela própria, é assegurar-lhe a volta aos pais biológicos, em cumprimento de decisão judicial, em face da recusa manifesta dos agravados, que desapareceram com Y..

Daí o deferimento do pedido.

Pelo meu voto, pois, **dou provimento ao recurso**, para decretar a quebra do sigilo processual que grava a ação de destituição de poder familiar em exame, a pedido dos pais biológicos de Y.L.S.M., comunicando-se ao Juízo com urgência. Determino, outrossim: a) a remessa de cópia do acórdão lançado nestes autos e do acórdão lançado na Apelação n.º (...) ao **Senhor Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo**; b) ao **Senhor Secretário da Segurança Pública do Estado** (notadamente em razão da informação de R.R.C. é (...) de (...), encontrando-se afastada), inclusive para dar efetividade à ordem de busca e apreensão de Y.L.S.M., com as cautelas elencadas no acórdão; c) ao **Senhor Superintendente da Polícia Federal** em São Paulo, a fim de impedir a saída do país de R.R.C. acompanhada ou não da menor Y.L.S.M., que deve ser restituída aos pais biológicos, e de J.A.C.; d) ao **Senhor Delegado Corregedor Geral da Polícia Civil**, para a consideração que merecer.

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030878-69.2013.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, são apelados F.A.N.L. (MENOR) e V.S.S. (MENOR) e Apelada/Apelante B.M.X. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para aplicar aos menores F.A.N.L, V.S.S. e B.M.X., por ato infracional equivalente ao crime capitulado no artigo 157, § 3º, segunda figura, medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, com espeque nos artigos 121 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, com determinação - a ser enviada via e-mail - para o MM. Juiz expedir imediatamente mandado de busca e apreensão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.424)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 30 de junho de 2014.

MARCELO GORDO, Relator

Ementa: Ato infracional equiparado a latrocínio – Cerceamento inexistente – Ampla possibilidade de influir no convencimento do Magistrado assegurada – Elementos de prova que demonstram autoria e materialidade da falta – Circunstâncias, objetivas e subjetivas, que sugerem adequada a internação dos infratores – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 941/952) que julgou improcedente representação que imputava aos menores F.A.N.L, V.S.S. e B.M.X. a prática de ato equiparado a latrocínio.

Sustenta o apelante (fls. 1015/1053), preliminarmente, nulidade por cerceamento de defesa de uma das representadas. No mérito, aduz, em apertada síntese, que demonstradas autoria e materialidade da falta, e que a ressocialização dos adolescentes demanda a imposição da medida extrema.

Respondido o recurso (fls. 1058/1072, 1084/1090 e 1095/1112) e mantida a sentença (fls. 1123), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição da preliminar e pelo provimento da apelação (fls. 1126/1134).

É o relatório.

Por primeiro, descabido, a despeito do pretendido nas petições de fls. 1136/1137 e seguintes, o retorno dos autos à origem. Com efeito, consoante dispõe o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vige, nessa seara, o sistema recursal do Código de Processo Civil.

Desta feita, não recepcionado o apelo, desafia-se, nos termos do artigo 522 do diploma civil adjetivo, agravo sob a modalidade de instrumento, interposto diretamente perante esta Corte. Eventual irresignação não demanda, pois, a fim de que veiculada, seja devolvido o feito ao juízo *a quo*.

A seu turno, a preliminar não comporta acolhida, porquanto não verificado o cerceamento de defesa propalado pelo apelante. Mesmo a convolação de debates em memoriais escritos, conquanto expediente de praxe, carece de previsão legal, consoante se infere do que reza o artigo 186, § 4º do estatuto menorista.

Nem se olvide que não cabe ao Ministério Público, como reza, aliás, o artigo 565 do Código de Processo Penal, a arguição de nulidade referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interessa.

De todo modo, inexistiu prejuízo a qualquer das partes ou mesmo à apuração da verdade substancial. O próprio recorrente manifestou, às fls. 867, assentimento a que fosse encerrada a instrução. Destarte, não se verifica vício, em obediência ao brocardo *pas de nullité sans grief*, capitulado no artigo 563 do estatuto supra aludido.

Dito isso, o reclamo comporta provimento.

Muito embora tenha V. se retratado em juízo, a confissão colhida ainda na fase inquisitorial (fls. 03/04), firmada na presença da genitora, peculiarmente rica em detalhes e aliada a outros elementos indiciários, bem elucida o evento.

E nem se alegue, em concepção simplista, não possam estes dar respaldo a uma condenação, notadamente quando endossado por outros auridos sob o contraditório, que lhes conferem lógica. A prova, sobretudo em casos do jaez, não é realizada apenas pela via direta. Ao revés, adotado o sistema do livre convencimento racional, os indícios, como reza o artigo 239 do diploma penal adjetivo, autoriza o juízo de culpa. Nessa toada:

Acesso ao Sumário

Prova indiciária concludente – Condenação – Possibilidade. A prova indiciária quando concludente e desde que não abalada por contra-indícios ou prova direta, autoriza o Juízo de culpa e a condenação do réu (TJSP, 14ª Câm. de Direito Privado, Ap. n.º 9211779-68.2007.8.26.0000, rel. Wilson Barreira, j. 08.11.07).

Ainda sobre o pronunciamento de V., desencadeante da persecução, constata-se que ela, espontaneamente procurou a autoridade policial para relatar ouvira, no entorno do palco do evento, H. repreendendo o sindicado F., alcunhado *b.* ou *n.*, enquanto corriam, como se estivessem fugindo de algo. Disse encontrara com eles noutra oportunidade, desta feita acompanhados de J., vulgo *p.*, namorado da correpresentada B., quando lhe confidenciaram o sucedido (fls. 05 e segs). Postava-se então como testemunha e acobertada pelo sigilo.

Dias após, todavia, ofertou nova declaração, deveras minuciosa, da ocorrência, agora, entretanto, com participações própria e da colega B.. Segundo recordou, acertaram, os cinco, assalto ao consultório do dentista. Foram conduzidos àquele sítio num Vectra verde, operado por J., o qual os aguardaria em padaria localizada nas imediações. Postou-se, então, como olheira, ao que os demais (F., H. e B.) adentraram, todos armados. Cerca de 15 minutos depois, saíram em desabalada carreira. Soube que incendiaram o ofendido nos dias seguintes, depois de veiculados os fatos na mídia. Noutro encontro com o bando, esmiuçaram a maneira como tudo se deu: amarraram-no e encharcaram-no com álcool a fim de que intimidado; a ignição, no entanto, teria sido provocada por F. acidentalmente. Acrescentou que J. se enraiveceu com a conversa, e a prometeu de morte (fls. 3/4).

Por sua vez, não se cogita que as alegações, ratificadas na inteireza durante a oitiva informal (fls. 242/243), possam ser mero produto de sua mente criativa.

E nesse aspecto, aliás, reconhecidas as peculiaridades do procedimento menorista, que precipita contatos entre a suposta infratora e o representante do Ministério Público, não estaria o ato relegado à valia daqueles materializados no inquérito policial. Até porque, firmado na presença de responsáveis pela produtora e de advogado.

Afora isso, testemunha protegida, lotada naquelas redondezas, referiu em juízo (fls. 771/776) divisara dois homens, por volta das 21 horas, distanciando-se apressadamente dali. Um admoestava o outro por proceder equivocadamente, e o advertia de consequências vindouras, tal qual registrado pela delatora na primeira inquirição.

Tampouco obra do acaso. Os indiciados mantinham, entre uns e outros, estreito relacionamento. V., como se apurou, frequentava a mesma escola de B.. Alimentavam ambas importante sentimento de amizade. Esta, por sua vez, era enamorada a J., embora dissesse coagida a tanto.

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

J., a seu turno, hospedou H. – o qual foi preso em flagrante noutro roubo cometido em comarca circunvizinha – em dias antecedentes e subsequentes à pilhagem, e, muito embora negue, tinha F. como seu camarada (fls. 17/18, 22/23).

Tanto isso é verdade que, apresentadas, admitiram que todos frequentavam o imóvel onde residente J. – no que seguidas de perto pela própria mãe de F. (fls. 550/552), e fizeram menção doutra expropriação planejada pelo bando, mas que não veio a se concretizar (fls. 517/539 e 553/563).

O próprio J., é bom que não se olvide, referiu à autoridade policial que admitira à consorte (B.) ter cometido o latrocínio, no intento, entretanto, de intimidá-la (fls. 17/18).

E a retratação em juízo, em boa verdade, robustece os elementos até aqui discutidos. Isso porque V., na novel versão, excluiu do rol dos culpados também aquele que já a vinha, desde o princípio, ameaçando, qual seja, J.. Este, agora, na nova versão explicitada, ter-se-ia comportado como mero atravessador: auscultara às confidências de H. e F., e as repassou à namorada B., a qual, enquanto televisionada reportagem do evento, comentou com a amiga o sucedido.

Apresentada, V. asseverou fora veiculada reportagem sobre o latrocínio, ao que B. disse que soube, por meio do namorado, que F. e H. o haviam cometido. Acrescentou que, dias após, foi convidada pelo bando a tomar parte noutro assalto, mas desistiu, pelo que J. iniciou as ameaças. Disse, por fim, fora determinada, mediante promessa de mal injusto e grave, a incluir a amiga entre o rol de culpados, e que estava com ela na escola ao tempo do evento (fls. 517/539).

Verifica-se, já de empeço, que a alegação de que teria sido coarctada a incriminar B. injustamente não é digna de fé. Fosse J. quem a perseguia, decerto não o acusaria nas primeiras oportunidades em que inquirida.

E ainda que se cogitasse de pressão policial, como alude em depoimento, o afã de conferir um desfecho ao caso já se satisfaria com o indiciamento dos imputáveis. Não haveria motivos para inculpar duas adolescentes primárias, como se sugere.

Nem se pode olvidar que o investigador que principiou as investigações foi acionado espontaneamente pela própria representada e sua mãe. C. disse que a primeira versão apresentada por V. era permeada por dados inconciliáveis. Questionada, terminou por confessar, tudo presenciado por delegado da seccional (fls. 836/848).

Repise-se, o depoimento prestado por policial, porque agente público forçado a obrar no estreito campo da legalidade, goza de inequívocas presunções de veracidade e legitimidade, e não pode ser infirmado por meras ilações

Acesso ao Sumário

suscitadas pelo prejudicado. A dúvida deve vir calcada em elementos sólidos, ausentes na espécie.

A genitora de V., por sua vez, confirmou ter buscado especificamente o auxílio de C. (fls. 702/715). Desconfiança de seu proceder irrompeu apenas após o desate, desfavorável à filha, das investigações.

Mas não é só. Dissocia-se o alardeado, outrossim, do que de resto consta. B., em oitiva informal, aduziu ter relatado o sucedido a V. enquanto passeavam com um cachorro, e não enquanto assistiam a programa jornalístico (fls. 553/563).

E o álibi por elas sustentado, a despeito do que reza o artigo 156 do Código de Processo Penal, não resultou comprovado. B. contou assistira às duas primeiras aulas daquela noite, com o que de acordo a ficha de frequência de fls. 641. Na terceira, entretanto, principiada às 20h30min, teria se refugiado no banheiro em companhia de V. até que fosse finalizada. Às 21h30min, então, se evadiram com *E.*, *P.*, T. e *G.*.

W., alcunhado *P.*, no entanto, referiu que B. frequentou também a terceira aula da grade, e que regressou sozinho para casa (fls. 777/785). Registrou, outrossim, que o professor responsável pelas últimas disciplinas havia se ausentado, mas mesmo aí resulta desmentido pelo registro de presentes (fls. 641).

N., de fato, se recordou de, em data incerta, ter recolhido os materiais de B. ao término da terceira aula a fim de que a colega tomasse o rumo do lar (fls. 849/856). O relatado, todavia, pode ter acontecido em qualquer outro dia, porquanto a representada era aluna de comparecimento irregular. Aos ..., também cabulou as duas últimas disciplinas (fls. 641).

A seu turno, V., diretora da escola, disse tivera a oportunidade de questionar B. a respeito do paradeiro no horário da pilhagem, ao que ela ora retorquiu ter se instalado em sala de aula que não a própria, ora se homiziado no banheiro, ambas as hipóteses bastante improváveis. Fez consignar, no entanto, que o prédio, à época, passava por reforma, pelo que comum a evasão de alunos (fls. 786/794).

Nessa esteira, e também porque incluiu W. entre os que os teriam acompanhado na saída ao final da terceira aula, o depoimento de D. afigura-se estéril (fls. 795/804).

A F., outrossim, não se reserva melhor sorte. Em audiência de apresentação, refutou ter atuado na expropriação, e mesmo deixado o bairro onde residente no dia do evento (fls. 542/549). Apurou-se, contudo, que, às 18h45min, foi completada uma ligação de seu celular por meio de estação rádio base das imediações do consultório do dentista (fls. 279/284).

Nem se pode perder de vista que o adolescente, quando da inquirição em

Acesso ao Sumário

solo policial, ostentava queimadura na perna direita (fls. 22/23), comum entre incendiários. Respalda, pois, a versão de V. de que o menino haveria provocado a ignição, ainda que supostamente acidental.

E não confere alento à defesa informação suposta de que seriam apenas dois homens os rapineiros. A., policial militar, referiu ter encontrado a vítima em estado de choque, dada a gravidade das lesões, em meio a balbuceios desconexos (fls. 692/695). No mesmo sentir, as palavras de M., o primeiro a encontrá-lo (fls. 832/835).

Isso para não dizer das funções de vigilância do sítio, incumbidas a V., e condução do bando, da qual encarregado J., que certamente passaram despercebidas ao sujeito passivo.

A notícia, portanto, de que seriam apenas dois os agentes não pode ser enfocada com precisão irrestrita.

Assim é que a análise equidistante dos elementos probatórios amealhados ao feito torna induvidosas autoria e materialidade da prática que lhes é imputada.

Apego fetichista, ademais, a exigir abundância probatória para além do necessário ao convencimento do Magistrado culminaria com deixar não solucionados um sem número de delitos contra o patrimônio, praticados, no mor das vezes, longe de testemunhas.

E não está a convicção ora esposada em descompasso com os ditames do art. 155 do CPP e da Lei 11.690/08. Ao reverso, como se pontuou, os pronunciamentos da acionada V., mormente aqueles em que se fez incluir na empreitada infracional e delatou os demais, ecoaram, porquanto reproduzidos em sua oitiva perante o Ministério Público, e acabaram se alinhando com outras tantas evidências, estas sim colhidas em juízo, e que foram aqui perfiladas.

A par disso, a relatividade das provas, como valia, na sistemática por nós adotada, do livre convencimento, impera a ponto de se reconhecer no todo, e na lógica que dele se infere, a maior razão para a procedência da representação inicial.

Passa-se, então, à ponderação da medida necessária à recuperação dos adolescentes.

A eleição do tratamento ressocializador mais adequado deve sopesar tanto a gravidade do ato perpetrado como também as circunstâncias de sua prática e as condições pessoais do infrator, tudo a nortear o julgador para adotar medida eficaz para viabilizar a reeducação do menor, nos termos do artigo 112, § 1º, do estatuto menorista.

Os representados tomaram parte em gravíssima incursão contra o patrimônio alheio. E não tiveram, no evento, participação de somenos importância. Em comparsaria, com evidentes premeditação e divisão funcional de atribuições, prostraram ofendido, e o incendiaram gratuitamente em vida.

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

Das incursões possíveis, já margeando ao irracional, a perpetrada é das mais cruéis; é tanto desnecessária como impositiva de sofrimento atroz, que faz descrer na recuperação de quem a leve a efeito, ainda que por assunção de risco. E se de alguma forma o fizeram, como se provou, não podem ser beneficiados por nada aquém da internação. Segregação do mundo profano, e alguma quimera de recuperação, se tal de fato é possível, justificam-na em sobejo.

A par disso, F. não é novo no ambiente infracional. Já recebeu medida de internação, como dito, por ato equivalente a tráfico de entorpecentes. Recalcitrante, contudo, tornou a delinquir.

Relatório polidimensional atesta que esse jovem, que se dedica ao consumo de estupefacientes, não se mostra sequer disponível para contato no centro onde recolhido, tampouco, por conseguinte, para iniciar processo reflexivo (fls. 644/647).

B. e V., conquanto primárias, denotam, pela naturalidade na execução, estruturação naquilo que é herético. Ademais, regras de experiência comum sugerem que não se toma parte em infração do jaez inopinadamente. Bem por isso, aliás, admitiram que o bando já se havia organizado para outra expropriação, que não veio, entretanto a ser cometida.

O próprio envolvimento amoroso de B. com criminoso contumaz, ainda que, ao final, tenha sido coagida a mantê-lo, revela muito de uma personalidade corrompida.

Enfim, os adolescentes afiguram-se violentos, comprometidos com o meio delitivo e inaptos a deixá-lo cumprindo medida mais branda. Inexistem, portanto, indícios que sugiram seja suficiente à ressocialização medida outra que não a internação por prazo indeterminado.

Frise-se, por oportuno, que a institucionalização tem o escopo de resguardar o próprio infrator, retirando-o de situação de risco e conferindo-lhe o devido suporte.

Ficam os recorridos, ainda, sujeitos a reavaliação periódica, podendo revertê-la se e quando demonstrarem inequívoca aptidão para o retorno ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, em prestígio aos princípios da proteção integral e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, **REJEITO A PRELIMINAR** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso para aplicar aos menores F.A.N.L, V.S.S. e B.M.X., por ato infracional equivalente ao crime capitulado no artigo 157, § 3º, segunda figura, medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, com espeque nos artigos 121 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008774-75.2013.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante R.J.S., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CARAPICUÍBA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Reconheceram a incompetência desta Câmara e anularam a sentença, de ofício, com determinação de redistribuição dos autos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7302)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 30 de junho de 2014.

CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Apelação – Ação de Reconhecimento de Paternidade – Insurgência em face de sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito – Ação de estado – Matéria afeta ao Juízo de Família – Inteligência do art. 37, inciso I, "a", do Código Judiciário Paulista – Infante sob a guarda de fato do apelante, que alega a existência de vínculo de paternidade socioafetiva – Ausência de situação de risco à criança, a justificar o deslocamento da competência para o Juízo da Infância e da Juventude – Situação fática que não se enquadra em qualquer das hipóteses previstas no artigo 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Recurso não conhecido, anulando-se, de ofício, os atos praticados pelo d. Juízo *a quo*, com determinação de redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca, com competência na área da Família e Sucessões.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por R.J.S., em face da r. sentença de fls. 46/47, proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Carapicuíba, nos autos de ação de reconhecimento de paternidade

Acesso ao Sumário

socioafetiva em relação ao infante **J.V.B.S.** (d.n. ...), que extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

O apelante busca a reforma do decidido, alegando, em resumo, não ter interesse na investigação de paternidade biológica, porquanto solidificada, em relação ao petiz, a posse do estado de filho. Aduz que o vínculo paternal existiu desde o nascimento da criança, estando, atualmente, totalmente edificado. Sustenta ter direito à prolação de sentença de mérito, a fim de ser reconhecida a paternidade na modalidade socioafetiva, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 50/69).

Recebido o recurso e mantida a decisão recorrida (fls. 71), vieram contrarrazões às fls. 73/77.

Nesta instância, a d. Procuradoria Geral de Justiça elaborou parecer opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 80/81).

É o relatório.

Tenho que o processo deva ser anulado, vez que conhecido e julgado por Juízo absolutamente incompetente.

Trata-se de ação a versar sobre estado de filiação. A pretensão, *in casu*, se encontra abarcada pela competência das Varas de Família, que vem regulamentada pelo art. 37 do Código Judiciário Paulista, que dispõe, *in verbis*:

“Artigo 37. – Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:

I – processar e julgar:

a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes;

(...)”

Compulsando os autos, vê-se que o caso não reporta à presença de situação de risco, hábil a justificar o deslocamento da competência para o Juízo da Infância e da Juventude, restrita às hipóteses previstas no artigo 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

O apelante sustenta, em suas manifestações, que o vínculo afetivo de filiação entre ele e o petiz existe desde o seu nascimento e “*sempre foi público e notório, tanto no âmbito interno da família como no plano exterior*”.

Desta feita, não há qualquer indício de que a criança se encontre em efetiva situação de risco, nos termos do art. 98 da Lei nº 8.069/90. A notícia do falecimento da genitora da criança e a assunção da guarda de fato pelo recorrente, nesse contexto, não sobrelevam como indicadores de referida circunstância, essencial, repise-se, para atrair a competência das Varas da Infância e da Juventude.

Nesse sentido, precedente desta C. Câmara:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que denegou a antecipação de tutela, e manteve o valor pago a título de pensão alimentícia – Incompetência da Câmara Especial para apreciação do recurso – Criança amparada pela família – Ausência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Caso em que o agravo deverá ser apreciado por uma das C. Câmaras da Seção de Direito Privado – Não conhecimento do agravo – Redistribuição.". (Agravo de Instrumento nº 0078207-67.2010.8.26.0000, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 29.11.2010, v.u.).

Consigne-se, por fim, a incompetência absoluta do d. Juízo prolator da sentença de fls. 46/47, motivo pelo qual está eivado de nulidade o r. *decisum*, bem como os demais atos por ele praticados no curso do feito, que ora se anula de ofício.

Pelo exposto, por meu voto, **não conheço** da apelação, **anulando o processo**, de ofício, com determinação de redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca, com competência na área da Família e Sucessões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3003062-40.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes G.L.G.O. (MENOR) e R.A.G.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE FRANCA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento às apelações, mantida a sentença por seus fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.817)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 7 de julho de 2014.

EROS PICELI, Relator e Vice-Presidente

Acesso ao Sumário

Ementa: Ato infracional - roubo agravado pelo concurso de agentes - materialidade e autoria demonstradas - palavra da vítima e dos policiais - imposição de medida socioeducativa de internação

por prazo indeterminado - inaplicabilidade da circunstância atenuante da confissão espontânea em relação às medidas socioeducativas - infração cometida mediante grave ameaça contra a pessoa - reiteração na prática de infrações - apelações não providas.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por G.L.G.O. e R.A.G.S. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz José Rodrigues Arimatéa, fls. 70/75, que julgou procedente representação oferecida em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo qualificado pelo concurso de agentes, tipificado no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, aplicando-lhes a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

A defesa arguiu, preliminarmente, a nulidade do procedimento por vício do reconhecimento, efetuado sem as formalidades legais. Pede, também, a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Quanto ao mérito, pleiteia a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a modificação da medida aplicada para outra em meio aberto, fls. 113vº/118 e verso.

Apresentadas as contrarrazões, fls. 122/128, e mantida a decisão recorrida, fls. 129, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos, fls. 133/135.

É o relatório.

O pedido voltado à antecipação da tutela resta prejudicado pelo julgamento do mérito recursal.

A preliminar arguida confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

A materialidade e a autoria do ato infracional imputado aos apelantes estão comprovadas pelo auto de apreensão de adolescente, fls. 3/8, boletim de ocorrência, fls. 9/12, auto de exibição e apreensão, fls. 13/14, e prova oral produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Em todas as oportunidades em que se fizeram ouvir, os menores admitiam a prática do ato infracional, fls. 6, 28/vº e 29/vº.

Além disso, a vítima G.F.P., na delegacia de polícia, apontou os apelantes com segurança, fls. 11.

Os policiais militares R.R.S. e C.R.P., por sua vez, ofereceram importantes informes voltados ao esclarecimento da autoria, fls. 43/vº e 51/vº, merecendo destaque o fato de os adolescentes terem sido detidos quando ainda tinham consigo o dinheiro subtraído da vítima - com R.A., a quantia de R$ 200,00, e

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

com G.L., R$ 180,00, ou seja, um total de R$ 380,00, exatamente o numerário roubado.

E o reconhecimento efetuado na delegacia de polícia não merece as críticas ofertadas pela defesa.

A circunstância de não ter sido o reconhecimento precedido das formalidades impostas pelo art. 226 do Código de Processo Penal não o desacredita. A ausência daquelas cautelas constitui, quando muito, mera irregularidade, incapaz de afastar o livre convencimento como fundamento da decisão.

No mais, a medida socioeducativa aplicada na origem merece ser mantida, sobretudo porque o ato infracional foi praticado mediante grave ameaça, autorizadora da imposição da medida extrema, consoante disposto no artigo 122, inciso I, da Lei nº 8.069/90.

Não se pode esquecer que o autor de roubo praticado mediante simulacro de arma de fogo e concurso de agentes demonstra ousadia e periculosidade, características que reclamam acompanhamento mais eficiente e severo, que apenas a internação é capaz de proporcionar.

Esse o pensamento dominante nesta Câmara Especial, conforme restou decidido na Apelação Cível nº 0011967-46.2013.8.26.0015, relator Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 28.4.2014:

"Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada.

Com efeito, o envolvimento do apelante na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo, agravado pelo concurso de agentes, justifica indubitavelmente a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo considerada a excepcionalidade da medida. Trata-se de conduta a expressar ousadia e periculosidade inequívoca. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal".

Além disso, os menores possuem outros registros pela Vara da Infância e da Juventude, fls. 19/vº e 20/vº.

As medidas socioeducativas não têm natureza de pena e, portanto, a elas não se aplica a circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, III, "d", do Estatuto Penal - consoante, aliás, deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 101739/DF, 5ª Turma, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 08.03.10:

"A aplicação da circunstância atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, é impossível em sede de

Acesso ao Sumário

procedimento relativo a ato infracional submetido ao Estatuto da Criança e do Adolescente".

Note-se que os menores serão periodicamente avaliados, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para retornarem ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Do exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento às apelações, mantida a sentença por seus fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000001-06.2008.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante (...), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DO DEPARTAMENTO DE EXECUÇÕES DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.147)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 21 de julho de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Representação administrativa contra a (...) e seus servidores em decorrência da morte por suicídio de interno. Preliminares rejeitadas. Irregularidades graves comprovadas. Infringência ao artigo 112, § 3º, do ECA. Aplicação da medida de advertência. Inaplicabilidade do art. 193, § 3º, do ECA. Inexistência nos autos de comprovação de remoção das irregularidades. Contexto probatório comprovando a responsabilidade da (...) e de seus funcionários pelo evento. Negligência dos dirigentes da Instituição no tocante à obrigação legal de velar pela integridade física e psíquica do menor. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela (...), contra a r. sentença de folhas 1277/1287, que julgou procedente ação administrativa, aplicando à apelante e aos servidores A.S.T. e D.B.J., a medida de advertência, com fundamento no artigo 97, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.069/90.

Argui a apelante, preliminarmente: a) ofensa ao princípio do devido processo legal; b) infringência à natureza jurídica do procedimento administrativo; c) incompetência absoluta e d) ausência de condições da ação. No mérito, alega que a (...) jamais se manteve inerte frente a quaisquer problemas, tendo instaurado Sindicância Administrativa e Boletim de Ocorrência, visando apurar os fatos ocorridos, razão pela qual, entende não ter havido omissão por parte de seus servidores; ao contrário do afirmado, foi fornecido tratamento psiquiátrico ao adolescente R.R.S.B., entretanto, constatou-se pelo relatório, que o jovem tinha ideação suicida desde os 10 anos de idade; o adolescente tirou sua própria vida, possivelmente em um momento de fraqueza e desatino; inexiste nexo causal entre o dano (óbito) e a conduta da (...); a instrução probatória demonstra que não houve por parte dos funcionários ação ou omissão, que tenha contribuído para o fato em questão.

Processado regularmente o apelo (folhas1325), foram oferecidas contrarrazões recursais (folhas 1328/1339).

A douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pela extinção do processo administrativo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 191, parágrafo 3º, do ECA, "porque foi reconhecido na própria sentença que a irregularidade apontada como causa da consumação do suicídio (ausência de vigilância ininterrupta) foi superada após a morte de R.: o local passou a contar com efetiva segurança após a morte de R.".

Em razão do parecer da Procuradoria Geral de Justiça a apelante peticionou, informando não ter mais interesse no prosseguimento do recurso (folhas 1369/1370).

Em seguida, o julgamento foi convertido em diligência, a fim de que o MM. Juízo de Primeiro Grau informasse se a irregularidade verificada na portaria inaugural – ausência de vigilância em determinado setor – havia sido devidamente sanada (folhas 1372).

Relatório apresentado pela unidade (...) foi anexado aos autos (folhas 1387/1389), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça reiterado seu parecer (folhas1397).

É o relatório.

Inicialmente, impõe-se ressaltar que a matéria preliminar reiterada pela apelante já foi devidamente apreciada e rejeitada pela magistrada de Primeiro Grau, por ocasião da prolação do despacho saneador (fls. 663/670), tendo esta

decisão sido confirmada em grau de recurso, conforme consulta realizada no site desta Corte, ora anexada aos autos.

Assim sendo, mantém-se a decisão em questão pelos mesmos fundamentos expendidos.

No tocante ao pedido formulado pela douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer (folhas 1363/1364), no sentido de ser "extinto o processo administrativo, sem julgamento do mérito (artigo 191, parágrafo 3º do ECA)" por ter a sentença reconhecido que a irregularidade apontada como causa da consumação do suicídio (ausência de vigilância ininterrupta) foi sanada, impõe-se afastar desde logo tal pretensão.

Com efeito, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que, após instauração de portaria do procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental, citação da entidade e instrução do feito (artigos 191, 192 e 193 "caput"), e "antes de aplicar qualquer das medidas, a autoridade judiciária poderá fixar prazo para a remoção das irregularidades verificadas. Satisfeitas as exigências, o processo será extinto, sem julgamento do mérito" (parágrafo 3º do artigo 193).

No caso presente, verifica-se que ao sentenciar o feito e aplicar a medida de advertência, a magistrada apreciou o mérito, afastando a incidência do parágrafo 3º do artigo 193.

Por outro lado, não há comprovação nos autos, no sentido de que as irregularidades tenham sido removidas, porquanto, segundo consta do relatório de folhas 1392/1393, o Anexo onde ocorreu o suicídio do menor acha-se desativado.

Relativamente ao mérito da representação, o conjunto probatório comprovou a responsabilidade da (...) e de seus funcionários no episódio que ocasionou a morte do adolescente R.R.S.B., por suicídio.

O laudo necroscópico de folhas 77/78 atesta que o interno R.R.S.B. suicidou-se, enforcando-se com um lençol no dormitório em que se encontrava trancado, nas dependências da Unidade onde cumpria medida socioeducativa de internação.

Inegavelmente os dirigentes da Instituição foram negligentes, no que se refere à obrigação legal de velar pela integridade física e psíquica do jovem, conforme depoimentos constantes dos autos e avaliações psiquiátricas remetidas pela superintendência de saúde da (...).

Em Processo Administrativo interno, instaurado pela Corregedoria da (...), a própria (...) concluiu que houve negligência e desídia do então Diretor do (...), A.S.T. e dos funcionários M.E.S., P.P.S., A.A. e C.L.L. no episódio em questão (folhas 1081/1098).

A prova consistente nas avaliações técnicas e nos depoimentos revela que

Acesso ao Sumário

o jovem R.R. era portador de problemas psiquiátricos, com quadro anterior de tentativa de suicídio.

A propósito, consta do relatório de folhas 1059/1060, que R. tentou por diversas vezes dar cabo de sua vida, sendo a primeira delas aos dez anos de idade. Na própria (...) já havia cortado o braço com lâmina de barbear.

Por outro lado, em decorrência de conflitos e denúncias oferecidas, o então Diretor da Unidade, A.S.T., realizou reunião com os adolescentes do anexo (...), ocasião em que testemunhas viram R. extremamente abalado e triste.

A propósito, a própria servidora L.C.M. disse ter tido contato com R. e que este aparentava estar desesperado e necessitava de atendimento técnico. Chegou inclusive a solicitar que a técnica R. o atendesse, o que acabou não acontecendo.

Nesse mesmo sentido foi o depoimento da servidora N.V.B.C., a qual afirmou que R. estava triste porque temia ter que retornar ao (...) (folhas 918).

Os depoimentos em questão levam à conclusão de que o Diretor da unidade não tomou qualquer atitude quanto ao quadro psíquico de R..

Aliás, os próprios adolescentes R.J. e W. relataram que R.R. chorou a noite toda que antecedeu seu suicídio. W. disse, ainda, que naquela noite estava junto com R. no mesmo quarto e que ele lhe disse que iria se matar, por não querer retornar ao (...). Disse que comunicou este fato ao agente P.P.S., o qual admitiu ter sido procurado por R. e que o mesmo apenas queria falar com o Diretor da Unidade, a fim de ser transferido para outro local da unidade.

Em seu depoimento, o agente socioeducativo C.L.L. disse que no dia dos fatos dirigiu-se ao anexo (...) e levou o adolescente W. para assistir as aulas do ensino formal, deixando R. sozinho no dormitório trancado, por ter se recusado a ir para as aulas. Passado algum tempo retornou ao anexo e novamente R. negou-se a praticar suas atividades. Por este motivo o agente dirigiu-se para outro local da Unidade, tendo neste ínterim ocorrido a tragédia, a qual somente foi descoberta mais tarde, quando o servidor S.S. passou próximo do dormitório de R. e viu um lençol pendurado na janela.

Finalmente, impõe-se ressaltar que no procedimento administrativo, vários servidores ouvidos pela Corregedoria afirmaram que o Anexo (...), local em que R. era mantido juntamente com os demais adolescentes, não era monitorado, o que passou a ocorrer somente após a morte de R..

Provado está que o Diretor da unidade, A.S.T., o Diretor Regional, D.B.J., e os agentes socioeducativos que estavam no exercício de suas funções no interior da Unidade (...) por ocasião dos fatos, omitiram-se em relação ao dever de providenciar proteção psíquica e física ao educando, não dando qualquer atenção clara aos problemas que apresentava. Deixaram de prestar-lhe atendimento psicossocial. Agiram com desídia e negligência, infringindo o

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

artigo 112, parágrafo 3º, do ECA.

Ademais, ao contrário do alegado, seria perfeitamente possível evitar a morte do educando, caso tivessem sido tomadas providências cabíveis para garantir a sua integridade física e psíquica (notadamente vigilância e atendimento médico), principalmente levando-se em consideração as ocorrências relatadas.

Nesse quadro, no que tange à responsabilidade do Diretor Regional D.B.J., conforme bem assinalou a magistrada na r. sentença, "sua omissão em relação aos fatos se deu porque, embora tenha função de administrar diversas unidades, constitui seu dever fiscalizar direta ou indiretamente todas as unidades sob sua administração e assim constatar que os cuidados de proteção e monitoramento dos adolescentes estão sendo realizados a contento. Na hipótese, a vítima R. e os demais adolescentes já se encontravam há algum tempo em situação indevida e em risco às suas integridades físicas e psíquicas, como se verificou no decorrer da instrução processual. Portanto, à evidência, que ele não exerceu corretamente sua função fiscalizadora e administradora da (...) à época dos fatos" (folhas 1286).

Assim sendo, há que se responsabilizar também a (...) pelos atos de seus subordinados, nos termos do artigo 125, da Lei nº 8.069/90.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002363-79.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante L.N.F.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.406)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ATOS INFRACIONAIS – Menor inserida na medida socioeducativa de internação pela prática

de infrações equiparadas às condutas tipificadas no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, por duas vezes, e artigo 121, § 2º, I e III, c.c. artigo 14, inciso II e artigo 29, "caput", todos do Código Penal – Recurso da defesa buscando a improcedência da representação ou, subsidiariamente, o abrandamento do tratamento adotado para ressocialização – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas – Confissão que pode ser retratada, mas sem prejuízo do livre convencimento do juiz, que deve fundá-lo no exame das provas em conjunto – Condições pessoais da apelante desfavoráveis ao retorno imediato ao convívio social – Internação cabível, nos termos do art. 122, I, do ECA, e necessária para a ressocialização da jovem – Recurso desprovido.

Jurisprudência - Câmara Especial

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela adolescente L.N.F.S. (DN (...)), contra a r. sentença (fls. 86/94) que julgou procedente a representação formulada em seu desfavor, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, com reavaliação semestral, pela prática de atos infracionais equiparados às condutas tipificadas nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV, por duas vezes, e artigo 121, § 2º, incisos I e III, c.c. artigo 14, inciso II e artigo 29, *caput*, todos do Código Penal.

Sustenta a menor, em síntese, o desacerto da sentença ante a insuficiência de provas, a autorizar a improcedência da representação ou, subsidiariamente, a substituição da medida eleita pela de liberdade assistida, em respeito, sobretudo, ao disposto no artigo 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 98/106).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fl. 112), foram apresentadas contrarrazões (fls. 114/118), mantido o julgado por seus próprios fundamentos (fl. 119) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 124/126).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Preliminarmente, não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, não só em face de ele restar prejudicado diante do julgamento da matéria, como também, em razão do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP –, publicado em outubro de 2011: "*A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste*

o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade”.

No que tange ao mérito, as provas produzidas autorizam a procedência da representação, tal qual formulada.

Consta dos autos que no dia (...), por volta das (...), na comarca de (...), a adolescente L.N.F.S., agindo em concurso de agentes e com unidade de desígnios com o maior imputável D.A.L.A., com manifesta intenção homicida, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, matou mediante golpes de facas, M.A. e J.S.C.S.. Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, a menor L.N.F.S., agindo em concurso e com unidade de desígnios com o referido imputável, por motivo torpe, tentou matar, mediante afogamento, I., de apenas quatro anos de idade.

Segundo apurado, no dia dos fatos, a adolescente "L." juntamente com o namorado D., foram até a residência da genitora dele, M., onde ingressaram, com a intenção de matar as vítimas e pegar o dinheiro que havia na casa para fugir. Ao adentrarem na residência, dirigiram-se ao cômodo onde estava a irmã de quatro anos de D., I., e a enteada de sua mãe, J.. No local, D., munido com um martelo, desferiu um golpe na cabeça de J., fazendo com que ela desfalecesse. Em seguida, enquanto "L." permanecia no quarto com esta e com I., D. foi ao encontro da genitora e a golpeou, tendo a mesma conseguido se afastar e gritar, momento em que D. foi até a cozinha, onde pegou uma faca, retornando, momentos após, para golpear a mãe. Durante os golpes, D. solicitou a ajuda de "L.", que trouxe um garfo e segurou a boca da genitora dele enquanto lhe desferia os golpes fatais. Após terem consumado o homicídio contra M., o casal se dirigiu ao quarto onde estava J., que havia acordado, momento em que a adolescente a segurou e tapou sua boca, enquanto D. a golpeava com a faca. Após, foi a vez de I., que chorava, pois a tudo havia presenciado, momento em que D. tentou afogá-la num balde com água, só não logrando êxito em seu intento por motivos alheios à vontade dele e de "L.". Em seguida, o casal subtraiu R$ 400,00 (quatrocentos reais) que se encontravam na casa, e fugiu.

A materialidade restou comprovada, do que se infere a partir do Boletim de Ocorrência nº (...) (fls. 10/14) e dos laudos periciais (fls. 46/58 e 69/72).

No que tange à autoria, a despeito de a adolescente ter negado em Juízo (cf. gravação em DVD, contracapa), ela confessou a autoria, na presença de sua genitora, perante a autoridade policial (fls. 8 e 9), merecendo destaque a seguinte transcrição:

"*Relatou que no dia (...) do corrente mês, por volta das (...) horas*

Acesso ao Sumário

deslocou-se com o D. até a casa da mãe dele, sra. M., para matá-la, pois ela sempre o desprezou, dizendo que da família dela só prestava a I., sua filha, e seu companheiro, A.. Relatou que, quando chegaram na casa, estavam em seu interior a M., mãe do D., a J., filha do A., e a I., irmã de D.. Esclareceu que, em dado momento, por volta das (...) horas, estava no quarto com a J. e com a I., quando chegou o D. com um martelo na mão e de imediato desferiu um golpe na cabeça de J., que caiu ao solo sangrando. Neste instante, o D. lhe informou que a hora da sua mãe morrer tinha chegado e já saiu correndo do quarto para o banheiro, onde estava a mãe dele. Neste instante, viu a mãe dele gritar por socorro, momento em que D. lhe chamou para ajudá-lo a silenciar sua mãe. Relatou que foi até o banheiro e viu a mãe dele sangrando e já colocou sua mão na boca dela para evitar que continuasse pedindo ajuda, enquanto o D. tentava agredi-la com golpes de faca. Nesta hora a J., que estava no quarto, começou a gritar, instante em que o D. lhe pediu para ir para o quarto e calar a boca dela. Relatou que foi até o quarto e conseguiu calar a boca da J.. Informou que logo depois a mãe dele parou de gritar e o D. chegou no quarto lhe informando que a mãe havia morrido. Esclareceu que estava tentando impedi-la de gritar, todavia quando o D. chegou, a J. começou a gritar ainda mais alto, momento em que o D. desferiu um golpe de faca na garganta da J., instante em que ela ficou em silêncio e parou de respirar. Nesta hora a I., irmã do D., que presenciou os fatos, começou a gritar, momento em que o D. tentou desmaiá-la, colocando a cabeça dela dentro de um balde de água, pois ele não queria matá-la. Relatou que depois disso a I. desmaiou. Em seguida foi até o banheiro para limpar o sangue que havia nos seus braços e em ato sequente o D. lhe deu uma blusa para irem embora. Esclareceu que o D. também limpou o sangue que havia em seu corpo e em seguida começou a procurar pelo interior da casa dinheiro para fugirem, pois ele estava com medo da polícia chegar, sendo que ele encontrou a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais) que estava dentro de uma bíblia. Em seguida, saíram do local e pegaram um ônibus e depois entraram num trem e desceram na cidade de (...) e depois entraram num outro ônibus e foram para a cidade de (...)" (fl. 8 – grifei).

No mesmo sentido foram os depoimentos do imputável D. que, ao confirmar a veracidade dos fatos, descreveu com detalhes a participação de sua namorada "L." durante a empreitada infracional:

"*(...) Nesta hora chamou sua namorada 'L.' para lhe ajudar a silenciar sua mãe e pediu para ela pegar um garfo na cozinha para golpear sua mãe, já que não estava conseguindo com a faca. Informou que a 'L.' logo chegou no banheiro com o garfo na mão e lhe passou o garfo, instante em que golpeou no peito, entretanto o garfo quebrou. Esclareceu que a 'L.' segurou por um instante sua mãe e também tentou colocar a mão dela na boca de sua genitora para silenciá-la. Todavia a J. começou a gritar por socorro, momento em que*

mandou a 'L.' ir para o quarto para impedir a J. de gritar. Esclareceu que depois que o garfo quebrou pegou novamente a faca e a golpeou no pescoço, momento em que sua mãe caiu ao solo (....). Em seguida foi até o quarto, momento em que visualizou a 'L.' em cima da J. pedindo para que ela ficasse quieta. Neste instante munido com uma outra faca de cozinha desferiu um golpe no pescoço da J., que imediatamente desfaleceu. Nesta hora sua irmã I. começou a gritar por socorro, momento em que saiu do quarto, foi até a cozinha e pegou um pote com água e em seguida retornou para o quarto e pegou a cabeça de sua irmã e a colocou no interior deste pote até ela desmaiar (...) Após ter neutralizado todos os ocupantes que estavam na casa, começou a procurar o dinheiro com 'L.', tendo êxito em localizar a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais) no interior do banheiro dentro de uma bíblia. Em seguida lavou suas mãos e braços e falou para 'L.' também se lavar. Em ato sequente, deixaram o local e pegaram um ônibus e depois entraram num trem com destino à cidade de (...) e depois foram para a cidade de (...)" (fls. 15/16).

E como bem lançado na respeitável decisão recorrida (fls. 91/92):

"*O Delegado de Polícia responsável pela investigação foi ouvido nesta data, reconheceu sem dúvida a adolescente e esclareceu detidamente como foram colhidos os depoimentos da adolescente e do maior imputável; contou que uma testemunha teria visto ambos saindo da residência onde ocorreram os fatos, sendo que vizinhos haviam ouvido os gritos vindos de dentro da casa; a adolescente e o maior foram localizados no litoral paulista, para onde haviam rumado; trazidos para (...), confessaram os fatos com riqueza de detalhes, separadamente (...)*".

Ademais, mostra-se bastante desarrazoada a tese aduzida pela Defesa, na tentativa de isentar a menor "L." de sua responsabilidade, levando-se em conta o espaço físico do imóvel e o porte físico das vítimas. Estas certamente não teriam sido dominadas por D., se não tivesse ajuda de outra pessoa.

Com efeito, o fato de haver ocorrido retratação em juízo, nada afasta o valor probante da confissão obtida perante autoridade policial, posto que, como exposto acima, ela foi confirmada por outros elementos de prova produzidos nos autos. Portanto, de acordo com a mansa e pacífica jurisprudência, deve-se dar maior credibilidade à confissão realizada na fase extrajudicial que a retratação em juízo, ainda mais, quando a primeira esteja amoldada às demais provas dos autos e a segunda seja inverossímil e divorciada do conjunto probatório. Além do mais, a confissão pode ser retratada, mas sem prejuízo do livre convencimento do juiz, que deve fundá-lo no exame das provas em conjunto (Código de Processo Penal, art. 200).

Acesso ao Sumário

Assim, uma vez que a retratação não veio amparada por elementos que a confirmem, impõe-se seu descarte, mantendo-se a confissão extrajudicial.

A respeitável sentença mostra-se incensurável também no que diz respeito à medida socioeducativa aplicada.

Além da gravidade das infrações, a autorizar a aplicação da internação, nos termos do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, as condições pessoais da recorrente militam em seu desfavor, pois, como pontuado no relatório da Fundação Casa, ela interrompeu os estudos na 7ª série do Ensino Fundamental e não conta com respaldo familiar adequado para ser inserida, por ora, em medida em meio aberto, já que sua genitora não estava conseguindo mantê-la sob controle.

Tem-se, por derradeiro, que o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente não é o de punir ou prejudicar o menor, mas o de reeducá-lo. "*De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que se apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é o que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90. art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei nº 8.069, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei nº 8.069, art. 2º, caput)*" (HC 146.641/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 15.12.2009, DJE 8-3-2010).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0007278-88.2013.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada S.H.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, vencido o relator no tocante às *astreintes*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.053)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de julho de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Apelação Cível. Remessa oficial. Mandado de Segurança.

Preliminar rejeitada.

Fornecimento de medicamentos, equipamentos e insumos para menor portadora de "Diabetes Mellitus tipo I" – Ausência do rol dos medicamentos e insumos previstos no programa oficial – Irrelevância – Prescrição médica que prevalece sobre a padronização administrativa.

Direito à vida e à saúde – Dever constitucional do Poder Público em prover, *ex vi* da inteligência do artigo 196 da Constituição Federal – Responsabilidade solidária dos entes políticos, União, Estado e Município.

Multa cominatória em *mandamus* em face da Fazenda Pública – Inaplicabilidade do artigo 461 do Código de Processo Civil, na medida em que a ordem dada é pessoal e dirigida à autoridade, que responde, inclusive, criminalmente, pelo eventual descumprimento, cujo comando executivo é pessoal – *Astreintes* afastadas – Vencido.

***Astreintes* fixadas consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da maioria da Turma Julgadora.**

Nega-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, vencido, em parte, o relator.

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança interposto por S.H.S., nascida em 16.06.1996, portadora de "Diabetes Mellitus tipo I", representada por sua genitora, em face do Secretário Municipal da Saúde de Santo André, postulando a concessão de liminar e a procedência da ação, para o fim de obrigar o Secretário Municipal de Saúde a fornecer o sistema de infusão de insulina Accu-Chek Combo, além dos insumos mensais consistentes em 01 pacote de serviços (4 pilhas-tampa de pilha – 2 adaptadores), Accu-Chek FlexLink I: 10 sets completos, Accu-Chek FlexLink Cânula I: 10 cânulas, 01 kit Link Assist, Set de cartucho plástico: 3,15ml, 06 cartuchos para insulina, 08 frascos de 3ml de

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

insulina ultrarrápida – Humalog ou Novorapid ou Apidra (Lispro ou Aspart ou Glulisina), 240 tiras de monitoração Accu-Chek Performa ao mês, 240 lancetas e Glucagorn 1mg.

Deferida a liminar com imposição de multa diária de R$ 200,00 (fls. 57/58), a ação foi julgada procedente, para o fim de confirmar a liminar que determinou a entrega pela Municipalidade, por prazo indeterminado e na periodicidade e quantidades descritas em receituário médico, dos medicamentos e insumos mencionados na exordial, necessários ao tratamento da menor, ressalvando-se possíveis ajustes de doses/quantidade a serem comprovados por intermédio de nova prescrição médica (fls. 90/93).

Inconformado, apela o Município de Santo André alegando, em sede preliminar, sua ilegitimidade passiva e, no mérito, aduzindo, em síntese, que os medicamentos e insumos pleiteados não constam da lista padronizada pelo Sistema Único de Saúde, de modo que a determinação de seu fornecimento implica em indevida ingerência do Poder Judiciário na Administração e em ofensa ao princípio da isonomia, bem como afirmando a necessidade de previsão orçamentária e na Lei de Responsabilidade Fiscal e dizendo que as normas relacionadas à saúde são programáticas (fls. 67/80).

Processado regularmente, o recurso não foi contrariado (fl. 84), seguindo-se parecer do Ministério Público de Primeiro Grau (fls. 85/87), após o que subiram os autos a esta Instância.

Remessa oficial.

A Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo não provimento dos recursos (fls. 94/97).

É o relatório.

2. A remessa oficial e o recurso voluntário não merecem provimento.

Ex ante, de rigor a cognição da questão preliminar aventada.

Em primeiro plano de discussão, cumpre afastar a alegação de ilegitimidade passiva do Município de Santo André na hipótese dos autos, pois a promoção da saúde, incluindo-se nesta o fornecimento de medicamentos, equipamentos e insumos que se mostrem adequados e necessários, constitui dever do poder público, abarcando solidariamente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Todos os entes federativos ostentam a obrigação solidária de participar com o orçamento da Seguridade Social para o Sistema Único de Saúde, sendo certo que os Estados participem com parte do produto da arrecadação de seus impostos (Cf. artigo 198, parágrafo 2º, inciso II, da Sexta Carta Republicana), a par disso, o Sistema Único de Saúde é descentralizado, com direção única em cada esfera de governo (Cf. artigo 198, *caput* e inciso I), de maneira que o Estado é igualmente responsável, na sua esfera, pela saúde pública, competindo-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial

lhe, como tal, a gestão local.

Do mérito recursal propriamente dito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90) dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente e atribui ao poder público, dentre outros, o dever de assegurar a efetivação dos direitos, referentes à vida e à saúde (artigo 4º).

O artigo 208 do ECA, expressamente, dispõe:

“**Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular.**

(...)

VII – de acesso às ações e serviços de saúde”.

A questão é de dificílima indagação de ordem ético-jurídica.

A Constituição Federal, de forma expressa, prevê em seu artigo 196: “**A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**”.

Ocorre que, a própria norma constitucional prevê o acesso à assistência estatal de forma “universal e igualitária”.

O direito à saúde, a exemplo do que ocorre com os direitos sociais em geral, comporta duas vertentes, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, uma de natureza negativa, a qual consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer *acto* que prejudique a saúde; outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção e o tratamento das doenças (Cf. José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 31ª Edição, Malheiros Editores, p. 309).

A saúde é um direito do ser humano e, como tal, foi elevado à condição de direito fundamental, razão pela qual, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, pois se trata de um direito positivo assegurado na Sexta Carta Republicana (artigo 6º), sem discriminação (artigo 196, *in fine*), sejam pobres ou ricos (universal e igualitária).

Acesso ao Sumário

Também não opera eventual ponderação de ato de intromissão do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo, pois o primeiro está apenas fazendo cumprir a legislação que admite o exame judicial quando estiver em jogo lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Havendo, pois, direito subjetivo preexistente, assegurado

constitucionalmente e em legislação infraconstitucional ao menor, não há que se falar, também, em violação ao princípio da igualdade ou da isonomia, mas, ao contrário, os medicamentos, insumos e equipamentos são necessários à plena tutela e realização do direito à saúde correspondente.

Cabe a indagação sobre de que maneira se efetivará o ditame constitucional, a garantir a igualdade em atendimento a todos os cidadãos.

Prima facie, se infere que somente se respeitando a distribuição dos recursos alocados à saúde, na forma legalmente prevista, isto é, consoante a previsão orçamentária, respeitados, ainda, os órgãos e programas de saúde previstos, dar-se-á vigência plena à norma constitucional.

Com efeito, tendo as verbas alocadas à saúde destinação específica, obviamente deve o Governante, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira "universal e igualitária" para cumprir a norma constitucional. Assim sendo, o benefício a um único cidadão, como no caso dos autos, prejudica o restante da coletividade de cidadãos, que vêem as verbas destinadas à saúde diminuírem sensivelmente, em detrimento de suas necessidades.

Contrapõe-se, aqui, o direito individual ao direito da coletividade, de toda a sorte que deveria este último prevalecer na hipótese, em face da clara determinação constitucional que determina o "acesso igualitário e universal" dos cidadãos às ações e serviços da Administração na área de saúde, mormente considerando que o preceito do artigo 196 é de ordem programática.

Nessa esteira, na melhor técnica, competia deduzir, *ab initio*, em inicial, que o Município de Santo André não estivesse fazendo uso da verba destinada à saúde e que o orçamento pudesse suportar o tratamento pleiteado, não apenas para uma pessoa (Cf. artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85; artigos 98, inciso I, e 201, inciso V, da Lei nº 8.069/90), mas para todos aqueles portadores da mesma moléstia.

Nesse diapasão, mesmo que, lamentavelmente, no Brasil, muitas ainda são as doenças graves que atingem a população em geral, inclusive epidêmicas, já banidas do primeiro mundo de há muito, cujo custeio na prevenção e tratamento é de caráter elevado, obrigando a Administração Pública, com parcimônia, distribuir a verba entre seus diversos entes, *in casu* ligados à saúde, a fim de buscar a melhor solução para a problemática, que intensa é, quer sob o enfoque da baixa renda *per capita* brasileira, quer pela diversidade das regiões desse país de dimensões continentais.

Todavia, a gravosa situação, suso reconhecida traz consequências de ordem individual extremamente dramáticas, dado que o desamparo pode levar o indivíduo, inclusive, à morte, não se concebendo ser o cidadão lançado à própria sorte porque o Estado não possui medicamento necessário ou, se possui

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

o dispensário insuficiente é, azo pelo qual outro é o norte fixado, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF. ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

"O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive

Acesso ao Sumário

àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. (RE AgRg 271.286-RS, Relator Ministro Celso de Mello).

Desse modo, não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito, como o direito à saúde, se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpre recordar, que a saúde, à letra da lei, é **um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício** (Cf. artigo 2º da Lei n. 8.080/90), e mais, que cumpre ao Estado a assistência integral **entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema** (Cf. artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.080/90).

Desse modo, a ausência de cadastro na lista dos medicamentos e insumos padronizados pela rede pública não caracteriza óbice intransponível, na medida em que não há parâmetros para apreciação da adequação ou não dos medicamentos e insumos prescritos em relação à doença, assim considerando a existência de remédio ou insumo que se afiançam similares e de maior eficácia, sendo inteiramente responsável o profissional da medicina que subscreveu a prescrição e relatório juntados aos autos (fls. 24/28), daí porque se presumem necessários.

A padronização da dispensação de medicamentos, insumos e equipamentos, evidentemente, é procedimento que se define e impõe à raiz da observância de uma média, que não necessariamente deve ser observada em todos os casos. Isto porque cada pessoa é uma pessoa distinta, com suas particularidades.

É inviável ignorar a prescrição do médico que acompanha o paciente. Seus problemas e a conveniência ou não do uso de determinado medicamento é de competência exclusiva do médico que acompanha o enfermo (Resolução nº 1.246, de 8.1.88, do Conselho Federal de Medicina – Código de Ética Profissional).

De todo modo, compete ao profissional a orientação do melhor tratamento a seu paciente.

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial

Evidentemente, no âmbito da tutela de crianças e adolescentes a proteção à saúde é consignada com cláusula de "*absoluta prioridade*" (artigo 227 da Constituição Federal) e está amplamente repercutida na legislação infraconstitucional, conforme, exemplificadamente, dispõe o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma esse sequer omisso no específico da garantia aos recursos relativos ao seu tratamento, bem como no artigo 11:

"É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde".

§ 1º "A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado".

§ 2º "Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.".

A Constituição Federal deferiu aos entes da Federação competências tributárias e financeiras, as quais podem ser fonte idônea e eficiente para a arrecadação dos recursos destinados à implantação de políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais prestacionais, desde que, evidentemente, geridos com êxito e racionalidade os recursos obtidos. A propósito, na esteira da lembrança de Lauro Luiz Gomes Ribeiro (*in* Direito Educacional – Educação Básica e Federalismo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 285), "**a educação e a saúde são as únicas áreas sociais a receber tratamento distinto da regra geral de vedação constitucional de vinculação de receita pública** (art. 167, inciso IV e artigo 218, § 5º, ambos dispositivos da Constituição Federal)".

Por epítome, o *non facere* constituiu ato violador de direito líquido e certo próprio, merecedor, portanto, da corrigenda postulada, razão, portanto, que escorreita a decisão guerreada, que ora se mantém.

Da Multa.

Não se discute aqui a possibilidade de fixação de *astreintes* em desfavor da Fazenda Pública e nem se questiona sua natureza de instrumento processual de coerção indireta, apto a compelir o destinatário a cumprir a ordem judicial e, assim, de inegável importância na busca da efetividade do processo e concretização da vontade do Estado-juiz.

Acesso ao Sumário

Também está fora de questão a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às normas que regem o mandado de segurança.

No entanto, a aplicação subsidiária dos artigos 461, §§ 4º a 6º e 461-A, do Código de Processo Civil não se mostra possível, uma vez que o destinatário da ordem mandamental é a autoridade coatora, pessoa física, e não a pessoa

jurídica de direito público a que aquela pertence, de modo que quem deve ser responsabilizado pelo descumprimento é direta e pessoalmente a autoridade.

Esse já era o entendimento predominante no regime jurídico anterior, da Lei nº 1.533/51, o que somente foi reforçado diante dos termos da vigente Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e que, preenchendo lacuna existente, de forma expressa, criminalizou a conduta consistente em deixar de cumprir ordens judiciais proferidas em mandados de segurança:

Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Assim sendo, houve opção legislativa acerca das consequências para o descumprimento de ordem judicial decorrente de mandado de segurança, e a opção foi pelo crime de desobediência, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário a respeito.

E quem cometerá o crime de desobediência será a autoridade apontada como coatora e a quem foi dirigida a ordem descumprida, ou seja, trata-se de responsabilidade pessoal, incompatível, na hipótese, com a fixação de multa coercitiva a ser arcada pelo erário público.

Nesse sentido:

Fornecimento de medicamento – Mandado de segurança – Indeferimento da liminar – Direito à saúde garantido pela Constituição Federal (art. 196) – Dever dos componentes do Estado Federal de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício desse direito, inclusive com fornecimento de medicamentos – Recurso provido – Fornecimento de medicamento – Mandado de segurança – Busca de imposição de multa diária – 'Astreinte' por eventual inadimplemento – Fazenda Pública – Descabimento – Impertinência em ação mandamental – Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2043803-48.2013.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 28/11/2013).

MULTA COMINATÓRIA. Em mandado de segurança responde a autoridade pessoalmente, inclusive na esfera criminal, pelo descumprimento de ordem judicial, daí não se falar em aplicação de *astreinte*. Decisão reformada. Recurso parcialmente conhecido e provido, com observação, na parte conhecida. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2066049-38.2013.8.26.0000, Rel. Coimbra Schmidt, j. 24/01/2014).

Acesso ao Sumário

Enfim, devem ser afastadas as *astreintes*, porque absolutamente impertinentes na hipótese do *mandamus*, pelo simples fato de que o eventual descumprimento da ordem mandamental da espécie não comporta aplicação do disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil, na medida em que a ordem dada é pessoal e dirigida à autoridade, que responde, inclusive, criminalmente, pelo eventual descumprimento, razão pela qual não há falar em sanção cominatória no *mandamus*, vez que o comando executivo é pessoal.

Vencido, em parte, este relator.

Astreintes fixadas consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1350966/PE) e da maioria da Turma Julgadora (Agravo Regimental nº 2004413-71.2013.8.26.0000/50000; Apelação/Reexame Necessário nº 0003828-55.2013.8.26.0161 e Apelação nº 0000902-76.2012.8.26.0019).

3. À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, vencido o relator no tocante às *astreintes*.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011264-29.2014.8.26.0000, da Comarca de Guaratinguetá, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DE GUARATINGUETÁ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE GUARATINGUETÁ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito para declarar competente o Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e da Fazenda Pública de Guaratinguetá, ora suscitado, para conhecer e julgar o pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.119)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 7 de julho de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência. Ação de habilitação de pensão por morte ajuizada contra SPPREV. Matéria previdenciária não sujeita à competência

delegada. Inteligência do art. 1º do Provimento nº 1.769/2010 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, que exclui dos Juizados Especiais apenas ações previdenciárias sujeitas à competência delegada prevista no art. 109, § 3º, da CF. Competência do Juizado Especial.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Guaratinguetá contra a decisão proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial daquela mesma Comarca, que, reconhecendo sua incompetência, determinou a redistribuição dos autos de ação de habilitação de pensão por morte ajuizada por Maria Aparecida Motta da Silva contra SPPREV.

Sustenta o Magistrado suscitante que a lide é de competência absoluta do Juízo Especial, pois ainda que se trate de matéria previdenciária, não se mostra excluída da competência do Juizado Especial, vez que não se trata de ação sujeita à competência delegada.

Foi designado o Juízo suscitado para dirimir questões urgentes (folha 14).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento do conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo suscitado (fls.18/20).

É o relatório.

Razão assiste ao Juízo Suscitante.

Argumenta o Juízo suscitado que a ação proposta é de natureza previdenciária e, portanto, nos termos do art. 1º, do Provimento 1.679/2010, do Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, está excluída da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A autora pretende a condenação da SPPREV a promover sua habilitação de pensão por morte, tendo ingressado com a ação no Juizado Especial, que por sua vez determinou a redistribuição para a Vara Comum.

Com efeito, a redação do Provimento em questão faz expressa referência ao art. 109, § 3º, da Constituição Federal, de forma a não deixar dúvida de que as ações previdenciárias excluídas da competência dos Juizados Especiais são apenas aquelas da competência delegada.

As demais ações previdenciárias não estão excluídas da Vara Especializada, observando-se, inclusive, a competência absoluta imposta pela Lei nº 12.153/2009.

As ações previdenciárias propostas contra o Estado de São Paulo e suas autarquias, assim como aquelas propostas contra os Municípios e suas autarquias

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

não estão abrangidas pela regra de exceção, pois sujeitas a competência própria da Justiça Estadual.

Assim tem decidido esta Colenda Câmara Especial:

"Conflito de Competência nº 0585728-06.2010.8.26.0000 - Suscitante: Juízo da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública de Jacareí - Suscitado: Juízo da 1ª Vara Cível de Jacareí - Relator: Luiz Antônio Ganzerla - Conflito de Competência - Demanda contra instituto de previdência municipal visando restituição de indébito concernente a contribuições previdenciárias - Restrição da competência material dos Juizados da Fazenda Pública pelo Provimento CSM nº 1.769, de 22.06.2010, limitada às ações de competência delegada previstas pelo art. 109, § 3º da Constituição Federal - Conflito procedente, competente o Juízo Suscitante, Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública de Jacareí. *A teor do Provimento CSM nº 1.769/2010, baixado em consonância com o disposto no art. 23 da Lei nº 12.153/2009, encontram-se provisoriamente excluídas do âmbito da competência material dos Juizados da Fazenda Pública Estadual, as ações previdenciárias de competência delegada prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, não se enquadrando nessas hipóteses ação de repetição de indébito tendo por objeto contribuições previdenciárias a instituto de previdência municipal*";

"Conflito de Competência nº 0024896-93.2012.8.26 (Birigui) - Suscitante: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Birigui - Suscitado: Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível de Birigui - Relator: Des. Antônio Carlos Tristão Ribeiro - *Conflito de Competência - Ação de concessão de benefício previdenciário contra o Município - Realização de perícia médica - Prova que não se mostra de excepcional complexidade - Artigo 10 da Lei 12.153/2009 que deve ser interpretado em harmonia com o artigo 35 da Lei 9.099/1995 - Causa previdenciária não excluída pelo Provimento CSM 1.769/2010, que se refere apenas às ações previdenciárias de competência delegada da União - Conflito procedente para julgar competente a Vara do Juizado Especial Cível de Birigui*".

Meu voto, pois, julga procedente o conflito para **DECLARAR COMPETENTE** o Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e da Fazenda Pública de Guaratinguetá, ora suscitado, para conhecer e julgar o pedido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0015917-74.2014.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ASSIS,

é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE ASSIS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Declararam competente o Juízo suscitado (Juizado Especial Cível da comarca de Assis). V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.829)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 21 de julho de 2014.

EROS PICELI, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Conflito de competência – execuções de contratos de honorários advocatícios – valor da causa inferior a quarenta salários mínimos, considerados individualmente – apensamento, com remessa ao Juízo comum – impossibilidade – opção do autor pela sistemática do Juizado Especial – conflito procedente – competência do juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juiz Adilson Russo de Moraes, da 2ª Vara Cível da Comarca de Assis em face do M. Juiz Andre Gustavo Livonesi, da Vara do Juizado Especial Cível daquela Comarca, nos autos de execução de contrato de honorários advocatícios, apensado a outras cinco execuções, nas quais coincidem exequente e executado, sob o argumento de que cada ação tem causa de pedir própria e, portanto, impõe processamento autônomo.

Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, declarando-se a competência do juízo suscitado, fls. 21/22.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo, artigo 115, II, do Código de Processo Civil.

Segundo consta, Luiz Angelo Pipolo ajuizou seis ações de execução contra Robert Rammert & Cia. Ltda., amparadas por contrato particular de honorários advocatícios, todas distribuídas de forma independente ao Juizado

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial

Especial Cível, considerando que o valor da causa de cada uma é inferior a quarenta salários mínimos.

O M. Juiz suscitado, em razão da identidade de partes, determinou o apensamento de todos os feitos e, constatado que a somatória dos valores das causas supera o valor de alçada do Juizado Especial Cível, determinou a remessa de todas as execuções para uma das varas cíveis da comarca, fls. 12/13.

Sucede que cada execução, embora baseada em um mesmo contrato, tem por objeto o recebimento de honorários advocatícios relativos à atuação do advogado em reclamações trabalhistas distintas.

Embora se possa argumentar que uma única execução poderia ter sido ajuizada, objetivando o recebimento de todos os valores, parece bastante razoável a opção do autor por distribuir uma execução para cada uma das reclamações trabalhistas em que atuou.

O juízo suscitado, na forma do art. 105 do CPC, poderia, como o fez, determinar o apensamento das execuções baseadas em um único contrato. No entanto, ainda que o magistrado determine o apensamento por entender que isso facilitará o andamento dos feitos, incabível a somatória dos valores das causas para nova avaliação acerca da competência dos Juizados.

Independentemente da determinação de apensamento, a competência do Juizado foi firmada no momento da distribuição, porquanto todas as execuções buscavam o recebimento de valores inferiores àquele mencionado no art. 3º, I, da Lei nº 9.099/95.

Como se trata de competência concorrente, não poderia o juízo suscitado impor ao autor o processamento das demandas perante juízo distinto do escolhido.

Veja-se a respeito o que foi decidido no Conflito de Competência nº 0022083-59.2013.8.26.0000, relator Camargo Aranha Filho, julgado em 9.9.2013:

"**COMPETÊNCIA – Conflito negativo de competência. Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de repetição do indébito, de reparação de danos morais e de tutela antecipada. Distribuição perante a Justiça Comum. Pedido do autor de redistribuição do feito para o Juizado Especial. Possibilidade. Matéria de competência concorrente entre as Varas Cíveis e as do Juizado Especial facultando-se ao Autor a escolha do rito. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. Conflito negativo julgado procedente. Competência do Magistrado suscitado.**"

Do exposto, declara-se competente o Juízo suscitado (Juizado Especial Cível da Comarca de Assis).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0008218-32.2014.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE AMERICANA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE AMERICANA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.404)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação movida por servidora em face da Fazenda Pública, cobrando Adicional de Local de Exercício – ALE – Valor da causa não superior a 60 (sessenta) salários mínimos – Comarca do interior na qual não há Vara da Fazenda Pública e nem Juizado Especial da Fazenda Pública – Hipótese de demanda individual que independe da realização de prova pericial de alta complexidade – Competência da Vara do Juizado Especial com competência cível ou cumulativa – Interpretação da Lei nº 12.253/09 e do Provimento CSM nº 1.768/10 – Competência do Juízo Suscitante. CONFLITO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Americana, nos autos da ação ordinária ajuizada por Maria Madalena Parras Felix, servidora pública estadual, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, visando à restituição do Adicional de Local de Exercício, em valor correspondente aos meses que referida verba fora descontada.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial

O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível, para o qual a ação foi distribuída originariamente, houve por bem declinar de sua competência e determinar a redistribuição da demanda para o Juízo suscitante, sob o argumento de que o valor da causa é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, e que, em razão do Provimento nº 1.768/10, do Conselho Superior da Magistratura, a Vara do Juizado Especial Cível acumula a competência para o julgamento das causas previstas na Lei nº 12.153/09 (fl.14).

O Juízo Suscitante, por sua vez, sustenta que a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública é absoluta somente nas Comarcas nas quais aquele Juizado já estiver sido instalado, hipótese não configurada no presente caso. Portanto, em se tratando de competência relativa, não poderia o Juízo Suscitado decliná-la de ofício (fls. 2/3).

Designou-se o Juízo Suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 16).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, com o reconhecimento da competência do Juízo Suscitante (fls. 20/22).

É o relatório.

Está configurado, no caso em testilha, o conflito negativo de competência, porquanto ambos os juízos se declaram incompetentes para processar e julgar a demanda, nos termos previstos no artigo 115, II, do Código de Processo Civil.

O escopo da Lei nº 12.153/09 foi facilitar o acesso à Justiça e a célere tramitação das "*causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos*", conforme se infere do disposto no seu artigo 2º, *caput*.

Aludido Diploma Legal em seu artigo 5º admite como autores nos Juizados Fazendários, pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte, e como rés as pessoas jurídicas de direito público, bem como suas autarquias, fundações e empresas públicas.

Dispõe, outrossim, que "*no foro onde estiver instalado o Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta*" (art. 2º, § 4º).

Por outro lado, o artigo 2º do Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura, preceitua expressamente que "*ficam designadas em caráter exclusivo para o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei nº 12.153/09 as seguintes unidades judiciárias: I – na Comarca da Capital, as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública; II – nas Comarcas do interior, enquanto não instalados os Juizados Especiais da Fazenda Pública: a) as Varas da Fazenda Pública onde instaladas; b) as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada; c) os Anexos de Juizado Especial, nas Comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas*

Acesso ao Sumário

Cíveis ou Cumulativas para julgamento" (grifo nosso).

Considerando que, no caso em tela, a Comarca não dispõe de Vara da Fazenda Pública e nem de Juizado Especial da Fazenda Pública, emerge patente a competência exclusiva e absoluta da Vara do Juizado Especial Cível, *ex vi* do disposto no § 4º do artigo 2º da Lei nº 12.153/09 c.c. artigo 2º do Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura.

Na hipótese análise, cabe consignar, que a demanda é individual e versa sobre assunto que se resolve com cálculos aritméticos e não se verifica a necessidade de realização de prova técnica de alta complexidade a afastar a competência do Juizado Especial.

Aliás, em casos idênticos já se pronunciou esta Câmara Especial:

"*Conflito de competência – Ação ordinária para reconhecimento de incidência de adicional de tempo de serviço sobre salário proposta por servidora em face da Fazenda Estadual na 2ª Vara Cível da Comarca de Marília – Redistribuição à Vara do Juizado Especial Cível da mesma comarca, por se tratar de causa cujo valor é inferior a 60 salários mínimos, a qual recusou a competência porque como ainda não foi instalada na Comarca Juizado Especial da Fazenda Pública, a competência tem natureza relativa, opera-se, pois, a perpetuação da competência pela distribuição – Inadmissibilidade – Competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/09 e do Provimento nº 1.768/10 (competência absoluta) – Conflito procedente – Competência do juízo suscitado (Juizado Especial Cível da Comarca de Marília)*" (Conflito de Competência nº 0056078-34.2011.8.26.0000, Rel. Vice-Presidente, j. 25.7.2011).

"*Conflito negativo de competência. Ação ordinária ajuizada contra o Estado em que se busca o fornecimento de medicamentos. Lei nº 12.153/2009 que institui os Juizados Especiais da Fazenda Pública com competência absoluta para processar e julgar as causas cíveis de interesse de entes da Federação até o valor de 60 salários mínimos. Provimento nº 1.768/2010 do CSM. Designação das Varas dos Juizados Comuns, em caráter exclusivo, para o processamento e julgamento dos feitos enquanto não instaladas as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública. Competência do Juízo suscitado*" (Conflito de Competência nº 05865596-46.2010.8.26.0000, Rel. Presidente da Seção de Direito Privado, j. 20.6.2011).

"*Conflito de Competência – Ação de interesse da Fazenda Pública com até sessenta salários mínimos – Competência do Juizado Especial Cível ou cumulativo onde não houver Juizado Especial ou Vara da Fazenda Pública – Interpretação da Lei 12.253/09 e do Provimento nº 1.768/10 do*

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

Conselho Superior da Magistratura – Competência do Juízo Suscitado" (Conflito de Competência nº 990.10.377425-6, Rel. Presidente da Seção de Direito Público, j. 25.10.2010).

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, reconhecendo-se a competência da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Americana, ora suscitante.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0021752-43.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO SUL 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito negativo de competência para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27136)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 30 de junho de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VÍTIMA QUE ATRIBUI AO IRMÃO A CONDUTA DE VIAS DE FATO E AMEAÇA – ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06 – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA O FIM DE FIXAR A COMPETÊNCIA JUNTO AO D. JUÍZO SUSCITANTE.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em face de r. decisão declinatória do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal, ambos do Foro Regional de Santo Amaro, Comarca da Capital, em denúncia que o Ministério Público imputa a Valmir da Silva condutas descritas no artigo 21, da Lei de Contravenções Penais e no art. 147, do Código Penal, ambos cumulados com o art. 61, II, 'f', do Código Penal, em concurso material.

Processado o incidente com a designação do magistrado suscitante para, nos termos do Comunicado nº 26/10, da Vice-Presidência deste e. Tribunal de Justiça, resolução, em caráter provisório, das eventuais medidas urgentes.

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pela procedência do conflito de jurisdição para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitante.

É o relatório.

2. Segundo se infere da denúncia sobre a qual versa o presente conflito (fls. 05/06), o acusado, "***prevalecendo-se de relações domésticas e familiares contra a mulher, na forma da Lei nº 11.340/06, praticou vias de fato contra sua irmã ... na mesma data e local, ... prevalecendo-se de relação doméstica e familiar, ameaçou, por meio de palavras, de causar mal injusto e grave a ... sua irmã, deixando-a temerosa por sua vida***".

O magistrado suscitado, em razão do quanto decidido no conflito de atribuições estabelecido entre os órgãos de acusação, determinou a remessa dos autos para a vara especializada.

O magistrado suscitante, contudo, entende não estar caracterizada a denominada violência de gênero.

Tecidas as ponderações necessárias e respeitado o entendimento expressado pelo magistrado suscitante, a hipótese em testilha justifica a incidência da norma de caráter protetivo, que objetiva justamente ampliar a salvaguarda à mulher no âmbito específico destas relações.

Com efeito, a Lei nº 11.340/06, em seu artigo 5º, determina que, "***para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial***". Destarte, referido dispositivo legal, independentemente da orientação sexual (parágrafo único), descreve em seus incisos o conceito de: a) âmbito da unidade doméstica é "***o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas***" (inciso I); b) âmbito da família é "***a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa***" (inciso II); c) qualquer relação íntima de afeto é "***qualquer situação na qual o***

Acesso ao Sumário

agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (inciso III)[1].

Destarte, o alcance de referida norma foi sedimentado por ocasião da edição do enunciado nº 114, da Súmula deste e. Tribunal de Justiça, de seguinte redação:

> ***Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.***

Nesse sentido, confira-se o precedente desta Colenda Câmara Especial:

> ***CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação penal. Crime de estupro de vulnerável imputável ao avô da vítima (art. 217-A, CP). Dissenso em relação à aplicabilidade da Lei nº 11.340/06. Caso concreto que noticia violência motivada no gênero ou decorrente de relação de subordinação ou vulnerabilidade da ofendida, a recomendar a incidência dos ditames protetivos da Lei Maria da Penha. Menoridade da vítima à época dos fatos e relação de parentesco que, por si só, não afastam a fragilidade do gênero. Conflito julgado procedente, com o reconhecimento da competência do Juízo suscitado.***[2]

Importante ressaltar que o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade da Lei nº 11.340/06 mesmo quando a violência se deu após o término do vínculo afetivo havido entre agressor e agredida, mas desde que a violência tenha ocorrida em razão do vínculo rompido e em situação de hipossuficiência.[3] O espectro de abrangência da norma protetiva se sobrepõe, ainda, às situações em que a agressão contiver natureza ofensiva à dignidade

---

1 Para Guilherme de Souza Nucci (*in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1. São Paulo, RT, 2012), "***é o relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamentado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação***".

2 Conflito de Jurisdição nº 0116576-28.2013.8.26.0000, Rel. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 09/09/2013.

3 RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. **VIOLÊNCIA COMETIDA POR EX-NAMORADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/2006)**. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JUIZADO ESPECIAL. 1. ***Violência cometida por ex-namorado; relacionamento afetivo com a vítima, hipossuficiente; aplicação da Lei n. 11.340/2006***. 2. Constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006 assentada pelo Plenário deste STF: constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. ... 4. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC nº 112698, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 18/09/2012, 2ª Turma)

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

sexual e for cometida contra vulneráveis.[4]

O e. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem firmando entendimento de que, no âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, que não se submete à Lei nº 9099/95[5], não há necessidade de vínculo familiar específico ou mesmo coabitação entre as partes[6], exigindo-se, contudo, a combinação de três requisitos[7]:

4 *HABEAS CORPUS*. **ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA FILHAS MENORES. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI 11.340/06**. CUMULAÇÃO DE COMPETÊNCIAS. RESOLUÇÃO DO TJ/DF E TERRITÓRIOS. ART. 17, § 4º, DA LEI 11.697/08. RITO PROCESSUAL. ART. 41 DA LEI 11.340/06. REGULARIDADE DA AÇÃO PENAL. DECISÕES CONVERGENTES. PREJUÍZO PROCESSUAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. A competência do juízo de primeira instância para julgar os processos-crime decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher se mostra legalmente fundamentada, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento, notadamente se considerada a possibilidade do TJDF e dos Territórios cumular competências em uma única vara. ... 5. Ordem denegada. (HC 110160/DF. Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/12/2012)

5 **Informativo 509, de 05.12.2012**

O crime de lesão corporal, mesmo que leve ou culposa, praticado contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada. No julgamento da ADI 4.424-DF, o STF declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, afastando a incidência da Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Precedente citado do STF: ADI 4.424-DF, DJe 17/2/2012; do STJ: AgRg no REsp 1.166.736-ES, DJe 8/10/2012, e HC 242.458-DF, DJe 19/9/2012. AREsp 40.934-DF, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), julgado em 13/11/2012.

6 **Informativo nº 499, de 15.06.2012**

A hipótese de briga entre irmãos – que ameaçaram a vítima de morte – amolda-se àqueles objetos de proteção da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *In casu*, caracterizada a relação íntima de afeto familiar entre os agressores e a vítima, inexiste a exigência de coabitação ao tempo do crime, para a configuração da violência doméstica contra a mulher. Com essas e outras ponderações, a Turma, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus*. Precedentes citados do STF: HC 106.212-MS, DJe 13/6/2011; do STJ: HC 115.857-MG, DJe 2/2/2009; REsp 1.239.850-DF, DJe 5/3/2012, e CC 103.813-MG, DJe 3/8/2009. HC 184.990-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 12/6/2012.

Informativo nº 491, de 24.02.12

A Turma, cassando o acórdão recorrido, deu provimento ao recurso para estabelecer a competência de uma das varas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para examinar processo em que se apura a prática do crime de ameaça. Na hipótese, ***o recorrido foi ao apartamento da sua irmã, com vontade livre e consciente, fazendo várias ameaças de causar-lhe mal injusto e grave, além de ter provocado danos materiais em seu carro, causando-lhe sofrimento psicológico e dano moral e patrimonial, no intuito de forçá-la a abrir mão do controle da pensão que a mãe de ambos recebe***. Para os integrantes da Turma, a relação existente entre o sujeito ativo e o passivo deve ser analisada em face do caso concreto, para verificar a aplicação da Lei Maria da Penha, tendo o recorrido se valido de sua autoridade de irmão da vítima para subjugar a sua irmã, com o fim de obter para si o controle do dinheiro da pensão, sendo desnecessário configurar a coabitação entre eles. Precedentes citados: CC 102.832-MG, DJe 22/4/2009, e HC 115.857-MG, DJe 2/2/2009. REsp 1.239.850-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/2/2012.

7 **Informativo 524 de 28.08.2013**

É do juizado especial criminal – e não do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher – a competência para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ***ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade***. Isso porque, para a incidência da Lei 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos. De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que se não

Acesso ao Sumário

a) relação íntima de afeto,

b) motivação de gênero e

c) situação de vulnerabilidade.

Verifica-se no caso concreto a conjugação destes três requisitos, pois, como bem expressado pelo d. Procurador Geral de Justiça, "***as atitudes concretas do investigado, confirmadas pelo sujeito passivo e testemunhas, traduzem mais do que um isolado entrevero entre familiares, mas clara ação lastreada em dominação de gênero. Pelo que se apurou, a vítima, no dia 21 de março de 2013, foi agredida e ameaçada de morte pelo agente, pessoa de índole violenta, tão somente porque reclamou de ter encontrado lixo doméstico próximo a seu quarto. Acrescentou, outrossim, não ter sido a primeira vez que foi golpeada e informou ter o averiguado estendido as intimidações à genitora de ambos***".

3. Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito negativo de competência para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitante**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0022596-90.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO LESTE II DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o conflito e declararam competente o Juízo suscitante (Vara da Região Leste II de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.855)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 21 de julho de 2014.

EROS PICELI, Relator e Vice-Presidente

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Jurisdição – ação penal que versa sobre a prática do crime de maus tratos, envolvendo

inviabilize a aplicação da norma. HC 175.816-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 20/6/2013.

pai e filha adolescente – violência baseada no gênero – incidência da Lei nº 11.340/06 – conflito procedente – competência do juízo suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da Vara da Região Leste II de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, sob o argumento de que a competência para processar e julgar a ação penal decorrente da prática, em tese, do delito do artigo 136 do Código Penal, conduta perpetrada por M.A.S. contra sua filha, L.A.R.S., por não guardar relação com o gênero da suposta vítima, pertence ao Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Regional de Itaquera.

Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do conflito, determinando-se que o Juízo suscitante prossiga na apreciação da ação, fls. 89/94.

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal, uma vez que ambos os Juízos manifestaram a incompetência para processar e julgar o feito, ação penal na qual é apurada a prática do crime de maus tratos, envolvendo pai e filha.

No caso, a definição da competência deve se nortear pelo entendimento firmado na Súmula 114 deste Tribunal:

“**Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor**”.

Desse modo, inexistente dúvida quanto à caracterização do vínculo doméstico-familiar, cabe investigar se a violência está amparada no gênero da pessoa agredida.

Depreende-se do termo de declarações de fls. 09, lavrado por ocasião da oitiva da adolescente L.A.R.S. perante o 103º Distrito Policial da Capital, que: “Um dos motivos que mais a declarante é agredida, ocorre quando a vítima esquece ou não quer lavar a louça, uma vez que são muitas mulheres na casa, e, deixam o serviço de casa acumular para a declarante fazer”.

Na visão do irmão da menina, cujos esclarecimentos se encontram a fls.

18/19, os conflitos advêm do desejo desta de ir morar na casa da prima, para ter a liberdade "de usar roupas curtas, namorar a vontade e ir para bailes".

Como se nota, a adolescente sofreria agressões para se comportar segundo o esperado pelo pai. Pelo teor dos depoimentos, é possível extrair motivação e uso da força que refletem a desigualdade entre homem e mulher.

Logo, a imposição da ascendência sobre a filha não pode ser atribuída unicamente à intenção de educar, estando o comportamento associado também ao fato de a vítima ser do sexo feminino.

Por esse raciocínio, considerando que vulnerabilidade da ofendida está atrelada ao gênero, não há como afastar a incidência da Lei Maria da Penha.

Veja a respeito o conflito de competência nº 0154271-16.2013.8.26.0000, do relator Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, julgado em 17.2.2014:

"**Conflito Negativo de Jurisdição. Ação Penal – Artigo 129, parágrafo 9º do Código Penal e artigo 99 da Lei nº 10.741/03 – Filho acusado de, em tese, praticar contra sua genitora os delitos de lesão corporal leve e de exposição a perigo de pessoa idosa – Ação praticada contra mulher no âmbito da família e baseada no gênero e vulnerabilidade da vítima – Competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitante**".

No mesmo sentido:

"**CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL (ARTIGO 129, § 9º, DO CP) IMPUTADO AO PAI DA VÍTIMA. CASO CONCRETO QUE NOTICIA ATOS DE VIOLÊNCIA FÍSICA E PSÍQUICA MOTIVADOS NO GÊNERO OU DECORRENTES DE RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU VULNERABILIDADE DA OFENDIDA, PRATICADOS, EM TESE, NO ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA E FAMILIAR. NARRATIVA DA DENÚNCIA QUE SE SUBSUME À NORMA PREVISTA NO ARTIGO 5º, INCISOS I E II, C.C. ARTIGO 7º, INCISOS I E II, AMBOS DA LEI Nº 11.340/06. MENORIDADE DA VÍTIMA À ÉPOCA DOS FATOS E RELAÇÃO DE PARENTESCO QUE, POR SI SÓ, NÃO AFASTAM A CONCEPÇÃO DE FRAGILIDADE DECORRENTE DO GÊNERO. INTERPRETAÇÃO CONFORME OS FINS SOCIAIS A QUE A LEI SE DESTINA. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO AO JUÍZO CRIMINAL. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CONFLITO CONHECIDO, COM A DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO." (Conflito de Competência nº 0003410-81.2014.8.26.0000, relatora Juíza Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 28.4.2014)**.

Do exposto, acolhe-se o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante

Acesso ao Sumário

Exceções de Suspeição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição nº 0009440-35.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é excipiente SILVIO QUIRICO, é excepta ANDREA FERRAZ MUSA (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a exceção de suspeição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27105)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 7 de julho de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - DECISÃO JUDICIAL PROLATADA EM PREJUÍZO DE UMA DAS PARTES LITIGANTES - MATÉRIA JURISDICIONAL QUE, POR SI SÓ, NÃO SUSTENTA A ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO JUIZ - POSSIBILIDADE DE REVERSÃO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS PREVISTOS EM LEI - NECESSIDADE DE PROVA DE LIAME SUBJETIVO – AUSÊNCIA – HIPÓTESE DE REJEIÇÃO E ARQUIVAMENTO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de exceção de suspeição suscitada por **Silvio Quirico** em ação de reparação de danos, em fase de cumprimento de sentença condenatória, que lhe promove, e a outros, **Angela Castillo**, em face da MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, Comarca da Capital.

Alega-se que a magistrada excepta deferiu, "sem qualquer base legal", a desconsideração da personalidade jurídica da empresa demandada. Alega-se que referida decisão viola princípios constitucionais e institutos processuais e

materiais previstos no Código Civil e Código de Processo Civil, o que ensejou a oposição de exceção de pré-executividade, rejeitada indevidamente pela MM. Juíza excepta, com o que "*incorreu em erro inescusável no exercício da função jurisdicional*", com o que "*denota interesse na causa*". Assevera que o julgamento fundado "*em impressões anímicas não têm materialização nos autos e, assim, sendo, ao fazê-lo [o juiz] incorre tanto, em ato de improbidade, sujeitando-se, portanto, a processo disciplinar com fulcro no art. 41, LOMAN, quanto, em ato de improbidade administrativa, sujeitando a ação civil pública, em face do estabelecido no art. 11, I e II c/c art. 12, da Lei Federal nº 8429/92 c/c art. 37, da Carta Magna*". Aduz que a magistrada excepta, intencionalmente, deixou de se pronunciar "*sobre fatos e provas constantes nos autos, que proíbem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica*". Conclui, pois, asseverando que "*é patente o interesse na causa, em face da violação ao princípio da imparcialidade, bem como pelo favoritismo a Exequente (Ângela) e, finalmente, por omitir-se conscientemente e reiteradamente, em não examinar e julgar a prescrição com base no art. 205, do Código Civil, e a inexistência de fraude à execução, dando ensejo à violação aos arts. 2º, 8º e 24, do Código de Ética da Magistratura*".

Rejeitada a alegação de suspeição pelos fundamentos expostos nas razões apresentadas pela magistrada excepta (fls. 1573/1576).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição (fls. 1579/1582).

É o relatório.

2. A exceção de suspeição encontra-se prevista no artigo 312 do Código de Processo Civil, segundo o qual, "***a parte oferecerá a exceção de impedimento ou suspeição, especificando o motivo da recusa (art. 134 e 135)***".

Destarte, o art. 135, do Código de Processo Civil, toma por fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Acesso ao Sumário

Ocorre que, na hipótese vertente, em nenhum momento o excipiente comprova alguma das possibilidades acima previstas, ou mesmo eventuais excepcionalidades que pudessem justificar a alegada imparcialidade do

magistrado suscitado.

Com efeito, Pontes de Miranda[1], quanto ao conteúdo do art. 135, inciso I, do Código de Processo Civil, expressa que "***íntima diz-se a amizade quando há laços afetivos, notórios ou não, mas verificáveis por fatos de estreita solidariedade, que possam influir no julgamento pela determinação psicológica, consciente ou não. Também a inimizade capital supõe o elemento afetivo de hostilidade a ponto de perturbar o julgamento". Esclarece que "a aversão política, teórica ou partidária, não impede o juiz, desde que a sua incompatibilidade intelectual não o leve a odiar ou querer vingar-se das partes, fazendo-se inimigo-capital. A simples amizade não basta à suspeição. A intimidade supõe a convivência frequente, com certo trato familiar e dádivas que são repetidas e outros dados de ligação contínua***".

No que diz respeito ao inciso V, do mesmo dispositivo legal, leciona que "***o interesse na decisão da causa vai de máximo (o que faria o juiz ser juiz e parte, como se é litisconsorte, ou poderia ser chamado ou nomeado à autoria, ou ter de autorizar a mulher a litigar, se ela pode ser citada ou notificada) até o caso do juiz que, se A perde a demanda contra B para esse demolir a parede que levantou, há de continuar a sofrer a parede desagradável, que lhe tirou a vista do mar (tenha ele ou não direito a, por si, propor ação). Interesse no julgamento é todo interesse próprio do juiz, ou de pessoa que viva a suas expensas. Não importa se interesse protegido por lei. Aí, o interesse é encarado por seu aspecto de fato, posto que possa ser material ou moral***".

Contudo, na hipótese em apreço, como expressado pela magistrada excepta, "***o excipiente Silvio Quirico discorda das diversas decisões judiciais proferidas na execução principal ... Entretanto, sua discordância deve ser instrumentalizada por meio de regulares impugnações e recursos. A exceção de suspeição não constitui instrumento processual para a impugnação de decisões judiciais e, ao implicar em graves acusações contra o Magistrado, deve ser reservada apenas àquelas hipóteses em que efetivamente há indícios de suspeição. Tal não é a hipótese dos autos, pois, o excipiente limita-se a apresentar argumentos jurídicos contra as decisões judiciais que impugna mas não há nenhum indício ou fato claro e preciso que indique a existência de parcialidade da juíza excepta***". Destarte, "***não pode o excipiente, descontente com as decisões judiciais, substituir os regulares recursos processuais por infundados ataques à imparcialidade da juíza excepta***".

Destarte, como bem expressado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, "***a resposta da douta magistrada esgota a matéria, data venia. As decisões proferidas e apontadas na exceção constituem atos jurisdicionais, passíveis, portanto, de serem atacados através do sistema recursal vigente, o que, aliás,***

1 Código de Processo Civil Comentado. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1975

foi feito. No caso, conforme exposto pela excepta, o argumento principal do excipiente caiu por terra com a confirmação em segundo grau da decisão que considerou 'erro inescusável'".

Verifica-se, pois, que o tema tem estrita natureza jurisdicional, não havendo fundamento fático ou jurídico a sustentar a imparcialidade do magistrado.

Nesse sentido:

Exceção de suspeição - Fragilidade de argumentos - Parcialidade do julgador não demonstrada - Exceção rejeitada.[2]

Ainda, para se caracterizar a parcialidade do juiz, não basta decidir ele, ainda que reiteradamente, contra a pretensão da parte. É indispensável serem as determinações judiciais movidas por interesses outros, que não o simples convencimento do Magistrado prolator das decisões, circunstância não evidenciada nos autos. Desse modo, no caso ora em análise, não se teve por caracterizada a alegada suspeição, porque o exercício regular da função jurisdicional não se apresentou como causa ensejadora de liame subjetivo entre a conduta do Juiz e as partes.[3]

Referida exegese, cumpre por fim ressaltar, foi sedimentada quando da edição do enunciado nº 88, da Súmula deste e. Tribunal de Justiça, no sentido de que "***reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa***".

3. Ante o exposto, **rejeita-se a presente exceção de suspeição, determinando-se seu arquivamento**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição nº 0023878-66.2014.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que é excipiente LUIZ HENRIQUE SEMEGHINI, é excepto VINICIUS CASTREQUINI BUFULIN (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a exceção de suspeição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.114)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

Acesso ao Sumário

2 Exceção de Suspeição nº 157.664.0/0, Rel. Des. LUIZ ANTONIO RODRIGUES DA SILVA, j. 02.06.2008

3 Exceção de Suspeição nº 0292871-85.2011.8.26.0000. rel. Des. GONZAGA FRANCESCHINI.

São Paulo, 7 de julho de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Exceção de Suspeição.

Ação Penal – Tribunal do Júri – Alegação de parcialidade fundamentada no artigo 254 do Código de Processo Penal e no artigo 135, inciso V, do Código de Processo Civil – Decisão que considera protelatórias e inúteis provas postuladas pela defesa e que determina urgência em perícia diante da possibilidade de serem forjadas provas – Prática de atos processuais decorrentes do regular exercício da função jurisdicional – Não demonstrado interesse do Magistrado no resultado da demanda – Parcialidade que não se caracteriza pela simples prolação de decisões desfavoráveis ao excipiente – Decisões que devem, se o caso, ser atacadas pelas vias recursais adequadas – Suspeição não configurada.

Exceção rejeitada.

VOTO

1. Trata-se de exceção de suspeição ofertada por Luiz Henrique Semeghini em face do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis, Presidente do Tribunal do Júri daquela Comarca, sob a alegação de parcialidade do Magistrado na condução da ação penal que lhe move o Ministério Público, para apuração da acusação da prática do crime de homicídio qualificado contra sua esposa Simone Maldonado Semeghini, tudo a resultar em cerceamento de defesa e violação de suas garantias constitucionais.

Recusados os motivos da exceção pelo excepto (fls. 232/255), opinou a Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição do incidente (fls. 374/379).

É o relatório.

2. A exceção não merece acolhida.

Com efeito, a suspeição do magistrado deve fundar-se, obrigatoriamente, em um dos motivos enumerados no artigo 254 do Código de Processo Penal ou no artigo 135 do Código de Processo Civil:

Artigo 254 – O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo

Jurisprudência - Câmara Especial

Acesso ao Sumário

a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;

V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Artigo 135 – Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

In casu, não se vislumbram dos autos condutas de parcialidade do julgador que pudessem comprometer sua isenção.

Ao revés, revela-se cristalino o mero inconformismo da parte com as decisões que foram proferidas nos autos.

Assim é que a decisão apontada pelo excipiente como reveladora de conduta parcial do magistrado, proferida em 17/02/2014 (fls. 223/226), revela tão somente o regular exercício da jurisdição, com fundamentação firme e contundente, sem configurar falta de isenção do julgador.

Nesse passo, ao determinar o cumprimento de decisão liminar proferida em sede de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, que acolheu a alegação de cerceamento de defesa e determinou a suspensão da realização do julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri até final decisão naquele recurso, o magistrado excepto, vislumbrando possível manutenção desse entendimento no mérito do *habeas corpus*, e atento ao dilatado prazo para julgamento definitivo dos recursos naquela Corte, reconsiderou sua decisão que havia indeferido provas postuladas pela defesa e determinou a comunicação ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, solicitando informações sobre a possibilidade de designação de julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri.

Acesso ao Sumário

Ao assim decidir, o magistrado excepto, sem descurar de sua posição de imparcialidade, mas com fundamentação incisa que lhe pareceu mais adequada, velando pela boa condução do processo e pela rápida solução do litígio, reconsiderou decisão anterior e deferiu todas as provas da defesa que haviam sido indeferidas, ressalvando que continua considerando que tais provas são manifestamente protelatórias e inúteis, mas se rendendo ao entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal no caso concreto, justificando tal postura com o raciocínio de que o deferimento e a produção das provas pedidas pela defesa permitirá o julgamento do processo pelo Tribunal do Júri em tempo menor do que aquele que decorreria na hipótese de ser mantida a decisão de indeferir tais provas, diante da liminar suspensiva do julgamento pelo plenário do Júri e do tempo a decorrer até decisão definitiva pela Corte Suprema, possivelmente deferindo tais provas.

A fundamentação do magistrado no sentido de entender que as provas postuladas pela defesa são procrastinatórias inúteis e a determinação de urgência na realização de perícia na cuba do banheiro porque, no entender do magistrado, por não estar isolada, não se "*afasta a possibilidade de haver sangue forjado (plantado)*", não extrapola os limites da apreciação técnica das alegações e argumentos das partes, consistindo em necessária fundamentação para as decisões em exame, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

É dever do Magistrado velar pela rápida solução da lide, de modo que não revela parcialidade decisão ou conduta que busque célere julgamento do feito.

Acrescente-se que, dada a preclusão temporal, não podem ser conhecidas as alegações de suspeição fundadas em atos, decisões e condutas do magistrado que sejam anteriores à decisão de fls. 223/226.

Enfim, a hipótese revela mero inconformismo da parte com decisões que lhe foram desfavoráveis.

Contudo, para que se caracterize a parcialidade do juiz, não basta que este decida contra a pretensão do excipiente, mas é indispensável que as determinações judiciais sejam movidas por interesses outros, que não o simples convencimento do magistrado que as proferiu.

Nesse sentido, os julgados desta Colenda Câmara Especial:

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Imputação de interesse no desfecho do procedimento em benefício de uma das partes – Inteligência do artigo 135, inciso V, do Código de Processo Civil – Inexistência de comprovação de parcialidade – Exceção não configurada – Comprometimento de isenção em razão de posicionamento jurisdicional – Decisões que deveriam, se o caso, ser atacadas pela via recursal adequada – Exceção rejeitada. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Exceção de Suspeição nº 0141831-

Acesso ao Sumário

22.2012.8.26.0000, Pres. da Seção de Direito Criminal, Rel. Antonio Carlos Tristão Ribeiro, j. 18/02/2013).

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Execução de Sentença – Parcialidade da Magistrada não caracterizada pela simples prolação de decisões contrárias ao entendimento do excipiente – Incidente que não se presta a servir de sucedâneo dos recursos processuais próprios – Exceção rejeitada. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Exceção de Suspeição nº 0149100-15.2012.8.26.0000, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, julgado em 12/11/2012).

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Parcialidade do Magistrado não caracterizada – Decisões adstritas à atividade judicante – Incidente que não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 135 do Código de Processo Civil – Exceção rejeitada. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Exceção de Suspeição nº 0176173-25.2013.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. 25/11/2013).

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – "Caso do Carandiru" – Oposição sob a assertiva do excipiente de que "a conduta do magistrado durante a sessão demonstrou-se parcial, com o estereótipo de desempenhar-se a sua tendência emocional explicitada, em favor de uma das partes no processo (acusação), causando dissabores e indisposição da defesa que somente pretendeu defender seus constituintes dentro do devido processo legal" – Inadmissibilidade – Não se vislumbra, *in casu*, nenhuma das hipóteses previstas nos artigos 98 e 254 do Código de Processo Penal – Via eleita inadequada – Exceção de suspeição não serve como sucedâneo de recurso processual – Ressalte-se que cabe à parte, caso assim o desejar, utilizar-se dos meios processuais próprios existentes no sistema recursal pátrio – Exceção rejeitada. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Exceção de Suspeição nº 0017737-31.2014.8.26.0000, Rel. Des. Decano Guerrieri Rezende, j. 25/11/2013).

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Alegada parcialidade – Artigo 254 do Código de Processo Penal – Rol exemplificativo, consoante jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça – Necessidade de comprovação da ocorrência de um dos incisos da referida norma ou de constatação do efetivo comprometimento do Juiz com a causa – Situação excepcional – Inocorrência na hipótese – Exceção rejeitada. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Exceção de Suspeição nº 0021012-85.2014.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. 02/6/2014).

Acesso ao Sumário

Pacífico, a propósito, o posicionamento desta Egrégia Corte, o que se refletiu na edição da Súmula 88:

“Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa”.

3. Ante o exposto, rejeita-se a exceção de suspeição.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2034491-48.2013.8.26.0000, da Comarca de Poá, em que é impetrante S.A. e Paciente M.A.C.L..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, concederam parcialmente a ordem. Vencido o Relator que fará declaração. Acórdão com o 2º Juiz. Fará declaração de voto convergente o 3º Juiz.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL, vencedor, CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, vencida e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus*. Infância e juventude. Ato infracional equiparado ao crime de roubo qualificado. Aplicação de medida socioeducativa de internação, com posterior inserção do menor em liberdade assistida, cujo cumprimento ele sequer iniciou. Decreto de internação-sanção. Ausência do requisito da reiteração. Descumprimento não injustificado. Necessidade de prévia oitiva do menor. Inexistência de providências para que o ato fosse concretizado. Ausência, ademais, de parecer técnico favorável.

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

Inteligência do artigo 122, inciso III, do ECA, e do artigo 43, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.594/12. Internação-sanção que seria autorizada, excepcionalmente, desde que preenchidos os requisitos legais e esgotados os meios para que o menor fosse ouvido, o que não ocorreu. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem parcialmente concedida.

VOTO

Estou divergindo parcialmente do entendimento sempre lúcido da Eminente Desembargadora CLÁUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, para conceder parcialmente a ordem.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensora Pública S.A. em favor de M.A.C.L., sob a alegação de ele estar sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Judicial da Comarca.

Diz a impetrante que foi imposta ao paciente medida socioeducativa de internação, em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do C. Penal. Afirma que após 7 meses foi determinada a inserção do menor em liberdade assistida, medida cujo cumprimento ele sequer iniciou. O Magistrado, então, determinou a intimação pessoal do paciente, não realizada por ter ele se mudado de residência. Alega que, passados 8 meses da tentativa de intimação pessoal do paciente, foi decretada sua internação-sanção, sem observância ao artigo 122, inciso III, e § 1º, da Lei nº 8.069/90 e ao artigo 43, § 4º, incisos I e II, da Lei nº 12.594/12. Pretende, em apertada síntese, a extinção da medida de liberdade assistida em razão da superveniência da maioridade civil e, subsidiariamente, o reconhecimento da nulidade da decisão que decretou a internação-sanção.

Liminar negada (páginas 49/50).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (páginas 69/75).

É o relatório.

A impetração busca a extinção da medida de liberdade assistida em razão da superveniência da maioridade civil e, subsidiariamente, o reconhecimento da nulidade da decisão que decretou a internação-sanção.

Quanto ao primeiro tema, acompanho o voto condutor, no sentido de que a maioridade civil não enseja a extinção da medida de liberdade assistida. E isso porque o artigo 121, § 5º, do ECA, estabeleceu como limite para a execução de medida socioeducativa de internação a idade de 21 (vinte e um) anos. E a norma, ao estabelecer o limite para a medida extrema, evidentemente abrange as demais, sendo todas passíveis de prorrogação até os vinte e um anos de idade do

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

infrator. Não se pode olvidar do caráter predominantemente educativo de todas elas, que objetivam preparar o adolescente para a idade adulta.

A propósito da questão, oportuno destacar precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "A maioridade apenas torna o adolescente imputável, porém, não afasta a possibilidade do prosseguimento do desconto da medida socioeducativa imposta, mesmo quando esta é cumprida em meio aberto" (HC 199378/SP, Relator: Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, julgado em 28/06/2011).

A divergência, pois, diz unicamente com o pleito de reconhecimento de nulidade da decisão atacada, para que o adolescente seja ouvido em audiência.

O artigo 122, inciso III, do ECA, diz que a medida de internação só poderá ser aplicada quando do descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. É a denominada internação-sanção.

O artigo 43, § 4º, incisos I e II, da Lei n.º 12.594/12, por sua vez, prevê que a substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do artigo 122, inciso III, do ECA, devendo ser fundamentada em parecer técnico e precedida de prévia audiência.

No caso dos autos, foi decretada a internação-sanção sem que o menor fosse ouvido em juízo.

Ocorre, porém, que para a decretação da internação-sanção é imperioso que o adolescente descumpra, reiterada e injustificadamente, a medida anteriormente imposta. Demais disso, a Lei nº 12.594/12 prevê que a internação-sanção é de caráter excepcional e deve ser fundamentada em parecer técnico e precedida de audiência.

No caso concreto, não obstante a determinação judicial (página 39), o paciente não chegou a ser intimado para que retomasse o cumprimento da medida de liberdade assistida (da qual ele tinha pleno conhecimento, conforme informou seu genitor – página 36), por ter se mudado de endereço (página 42), de sorte que não caracterizada a reiteração, requisito indispensável para possibilitar o decreto de internação-sanção.

E não foi dada, ainda, a oportunidade para que o adolescente M. justificasse o descumprimento da medida, o que poderia ocorrer caso fosse designada a audiência prevista no artigo 43, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.594/12.

Não há nos autos, ainda, parecer técnico opinando pelo decreto de internação-sanção, com a nota de que o comando da Lei de Execução das Medidas Socioeducativas é claro, não trazendo o preceito, como se sabe, palavras inúteis.

Cabia, pois, ao Magistrado designar a audiência, possibilitando ao menor que justificasse o motivo pelo qual descumprira a medida de liberdade assistida,

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

anotando-se que o artigo 187, do ECA, prevê a possibilidade da condução coercitiva do adolescente. Quanto a isso, acrescente-se que a condução coercitiva poderia contar, inclusive, com o concurso policial.

Tenho para mim que a internação-sanção seria cabível em face do reiterado descumprimento da medida imposta e após esgotados os meios para que o adolescente fosse ouvido, com designação de audiência e determinação de condução coercitiva. Restando infrutíferos tais atos, ficaria autorizada a medida, desde que houvesse parecer técnico favorável.

Assim, não permitida a apresentação de justificativa em audiência, a decretação da internação-sanção acarreta, a meu sentir, inegável constrangimento ilegal.

Frise-se, por fim, que a obrigatoriedade da audiência prevista no artigo 43, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.594/12 está assentada, também, no artigo 15, § 1º, da Resolução n.º 165 do CNJ.

Pelo meu voto, pois, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM** para cassar a r. decisão atacada, determinando que audiência seja designada, nos termos do artigo 43, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.594/12, devendo vir aos autos parecer técnico com opinião acerca da decretação da internação-sanção, expedindo-se mandado de busca e apreensão, com condução coercitiva à presença do D. Magistrado.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 16.855)

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Execução de medida socioeducativa.

Impetração contra decisão que impôs ao paciente medida socioeducativa de internação-sanção – Ausência de oitiva do menor – Constrangimento ilegal caracterizado – Necessidade de observância do devido processo legal, que compreende a ampla defesa e o contraditório – Súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça.

Ordem concedida.

Acesso ao Sumário

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a razoabilidade do voto da eminente Desembargadora Relatora sorteada, mas por convencimento, ouso divergir, concedendo a ordem.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três modalidades de

internação: a internação provisória, com prazo limitado de 45 dias, prevista no artigo 108; a internação determinada em sentença proferida no processo de conhecimento, com prazo máximo de três anos, prevista no artigo 122, I e II; e, finalmente, a internação decretada em processo de execução, que pode ocorrer em razão de descumprimento de medida anteriormente imposta, com previsão no artigo 122, III; bem se olvida que pode ser aplicada em substituição de medida anteriormente imposta em sentença, conforme se depreende dos artigos 99, 100 e 113.

Discute-se, motivo da divergência, se há necessidade de oitiva prévia do adolescente para aplicação da internação-sanção, justamente aquela decretada em processo de execução, pelo prazo máximo de três meses, "**por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta**" (artigo 121, III, do Estatuto da Criança e Adolescente).

O parágrafo 1º do referido artigo dispõe que a internação-sanção deve ser decretada judicialmente após o devido processo legal. A redação foi determinada pela Lei nº 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

Em consonância com o dispositivo supra citado, o artigo 43, parágrafo 4º, da mesma lei determina que: "**A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do artigo 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990...**"

Ora, o devido processo legal, que compreende a ampla defesa e o contraditório, pressupõe, como só podia ser, a oitiva do menor e sua prévia advertência.

Trata-se de norma cogente, sendo inadmissível interpretação diversa, muito menos em prejuízo do menor.

Sem sombra de dúvida, não é demais recordar que o alargamento da hipótese normativa guarda o perfil da analogia por extensão, tão abominada no mundo jurídico, uma vez que tal método de interpretação leva o intérprete a uma visão míope da realidade jurídica, pois no alargamento da hipótese de incidência, ou não incidência da norma, se está, na realidade, a inovar no mundo jurídico, criando preceito sem alicerce lógico-formal, na medida em que foge à regra de interpretação aos próprios fundamentos do plexo normativo que falsamente lhe dá origem, o que não se sucede na denominada analogia por compreensão, tão conhecida dos tributaristas, que tem como escopo a não abstração do plexo normativo, impondo ao intérprete o exercício de constatação da regra jurídica existente, cujo resultado é do cânone hermenêutico do complexo normativo vigente (Cf. Blumenstein, *in* Sistema di Diritto delle Imposte, p. 20).

Acesso ao Sumário

A analogia, como bem revelou Bobbio, só é válida quando entre as regras fundamentais de uma determinada linguagem, se reconhece a sua legitimidade e se lhe determina exatamente o âmbito de sua utilização, daí porque o simples raciocínio analógico não é válido em si, pois depende da ligação com todo o plexo existente (Cf. *in* Teoria della Scienza Giuridica, p. 230), como já enfatizado.

Nessa esteira, não há como se concluir que os requisitos previstos nos incisos I e II, do parágrafo 4º, do artigo 43, sejam aplicados apenas à internação decretada em substituição à medida anteriormente imposta.

Referida medida, prevista nos artigos 99, 100 e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, denominada por parte da doutrina como internação-regressão, implica em substituição de uma medida imposta em sentença, desde que verificada a necessidade de acompanhamento pedagógico mais intenso e eficaz, ainda que venha sendo cumprida.

Embora a internação-sanção não se confunda com a internação-regressão, como já exposto, o parágrafo 4º do artigo 43 faz menção “**a substituição por medida mais gravosa**”, o que ocorre em ambos os casos.

Nem se diga que a internação-sanção não exige parecer técnico, já que o descumprimento da medida mais branda será apontada justamente pelo setor responsável.

Se mais necessário, estabelece a Súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça que: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”. Inexistindo distinção, é aplicável à internação-sanção e à internação-regressiva.

Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

***HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ART. 122, III, DA LEI 8.069/90. INTERNAÇÃO-SANÇÃO DECRETADA SEM A PRÉVIA OITIVA DO MENOR INFRATOR. ILEGALIDADE. VERBETE SUMULAR 265/STJ. ORDEM CONCEDIDA.**

1. A decretação de internação pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, hipótese prevista no inciso III do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90), deve, necessariamente, ser precedida da oitiva do adolescente infrator (art. 111, V, do ECA), sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Súmula 265/STJ).

2. Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação-sanção do paciente, sem prejuízo de que outra medida seja decretada, após a sua oitiva (HC 86587).

Acesso ao Sumário

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – MENOR – MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE – DESCUMPRIMENTO – INTERNAÇÃO-SANÇÃO DETERMINADA NOS TERMOS DO ART. 122, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – NECESSIDADE DE OITIVA PRÉVIA DO MENOR – ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido de que o Magistrado deve ouvir as justificativas do menor sobre o reiterado descumprimento da ação socioeducativa, antes de decidir a respeito da internação-sanção, nos termos do art. 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão vergastado, anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, após a prévia oitiva do Paciente, permitindo-lhe o aguardo da nova decisão na medida socioeducativa de semiliberdade (HC 157008).

A oitiva prévia do adolescente na internação-sanção decorre, ainda, da exigência de que a medida anteriormente imposta seja, além de reiteradamente descumprida, injustificável.

O artigo 111, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu como garantia processual do menor infrator, “o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente”.

Conclui-se, desse modo, que a audiência deve ser designada, com os requisitos do artigo 42 e seus parágrafos, da Lei nº 12.594/2012, dando possibilidade ao menor de apresentar os motivos pelos quais descumpriu a medida, legitimando o magistrado, diante dos fatos alegados, a decidir conforme o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, e respeitando os princípios da ampla defesa (que compreende a autodefesa e a defesa técnica) e do contraditório, com o devido processo legal.

A não oitiva do menor importa em apartar-se dos princípios protetivos, educadores e ressocializadores.

Por epítome, a obrigatoriedade de oitiva do menor não pode servir, contudo, para impedir a decretação da internação de adolescente que não tenha sido localizado nos endereços que constam dos autos, hipótese em que deverá ser determinada a busca e apreensão para sua imediata apresentação ao juiz da execução ou sua condução coercitiva, possibilitando a realização da audiência e análise da aplicação da medida extrema.

Demais, não há “internação-provisória” na fase executória. Bem de se ver e como exposto, um mandado de busca e apreensão seria bastante para “levar o adolescente” à presença do juiz, algo que esvazia a utilização da internação para esse fim.

Acesso ao Sumário

In casu, o menor não foi localizado no endereço que consta dos autos. Consequentemente, revoga-se a decisão que determinou a internação-sanção do adolescente, sendo caso de expedição de mandado de busca e apreensão, da forma supra exposta, possibilitando sua oitiva.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, concedo a ordem de *habeas corpus*.

Comunique-se, com urgência, ao MM. Juízo *a quo*.

RICARDO ANAFE, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001427-77.2013.8.26.0648, da Comarca de Urupês, em que é apelante JOÃO BATISTA GIROTTI FURLAN, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE URUPÊS.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DÚVIDA SUSCITADA E ADMITIR O REGISTRO DO TÍTULO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 34.036)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 7 de julho de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS. DÚVIDA. REGISTRO DE ESCRITURA DE DOAÇÃO. QUESTIONAMENTO SOBRE O VALOR DO IMPOSTO (ITCMD) RECOLHIDO PELA PARTE. REGRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. RESTRIÇÃO AO EXAME DA REGULARIDADE FORMAL DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS PELO REGISTRADOR. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE EQUÍVOCO QUE AUTORIZA A RECUSA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por João Batista Girotti Furlan contra a sentença da fl. 87, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Urupês, mantendo a recusa de registro porque a base de cálculo adotada para o recolhimento do ITCMD não era aquela fixada pelo Instituto de Economia Agrícola da Secretaria da Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, havendo flagrante equívoco na arrecadação do tributo.

Acesso ao Sumário

O apelante em suas razões alega que a competência do registrador está limitada ao exame da regularidade formal das exigências legais e que não poderia exigir que o ITCMD fosse calculado com base nos preços divulgados pelo Instituto de Economia Agrícola (fls. 95/105).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 124/126).

É o relatório.

O recorrente pretende o registro da escritura pública de doação, relativa aos imóveis matriculados sob os n. 1.247, 1.248, 3.311 e 3.312 no Ofício de Registro de Imóveis de Urupês.

A recusa do Oficial fundou-se na existência de equívoco na base de cálculo do ITCMD considerada, que não teria observado o artigo 16-A da Portaria CAT nº 15/2003, que previa que a base de cálculo seria o valor médio divulgado pelo Instituto de Economia da Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo.

A questão apontada pelo Oficial está relacionada ao exame material do montante de imposto devido, cuja atribuição é da Fazenda respectiva e foge do exame da regularidade formal do título.

Já se pronunciou este Conselho Superior da Magistratura, na Apelação Cível CSM n. 0002604-73.2011.8.0025 (julgada em 20/09/2012, relator o Desembargador Renato Nalini, Corregedor na ocasião):

> "Ao Oficial cabe fiscalizar, sob pena de responsabilização pessoal, a existência da arrecadação do imposto previsto e a oportunidade em que foi efetuada. O montante, desde que não seja flagrantemente equivocado, extrapola a sua função".

No mesmo sentido foi o julgamento da Apelação Cível CSM n. 996-6/6 (data do julgamento: 09/12/2008, Relator: Ruy Camilo):

> "REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida julgada procedente em primeiro grau. Formal de partilha. ITCMD tido por insuficiente pelo Registrador. Dever de fiscalização do pagamento pelo Oficial que se limita à averiguação do recolhimento do tributo devido, mas não de seu valor. Recurso provido".

No caso, não há flagrante equívoco no recolhimento. Ao contrário, a questão é controvertida e não pode ser imposta pelo Oficial, cabendo ao órgão fazendário a análise substancial do valor devido.

Posto isso, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida suscitada e admitir o registro do título em exame.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014221-80.2013.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante EXPANDRA ESTAMPARIA E MOLAS LTDA, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 34.058)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – PRETENSÃO DE REGISTRO DE CÓPIA DE AUTO DE LEILÃO POSITIVO DE IMÓVEL, REGISTRADO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DO ORIGINAL DA CARTA DE ARREMATAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Expandra Estamparia e Molas Ltda. interpôs recurso administrativo contra a r. sentença que manteve a recusa de registro de cópia de auto de leilão positivo de imóvel, registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

A recusa deveu-se à circunstância de que o documento, além de cópia, não é apto ao registro.

O recorrente alega que, na verdade, suas pretensões se resumem a "*prenotar a ata de leilão extrajudicial a qual arrematou o supracitado imóvel, já que não tem em suas mães neste instante a escritura original para registro*" (fl. 68).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

O recorrente pretende registrar simples cópia de auto de leilão positivo de imóvel, conforme se vê do documento de fls. 29/30.

É evidente que não se trata de um título sujeito a registro. Em primeiro lugar, trata-se de cópia. Em segundo lugar, não encontra previsão no rol do art. 221 da Lei de Registros Públicos. Em terceiro lugar, pouco importa que o recorrente tenha levado o auto a registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Tudo isso em nada altera a impossibilidade de ingresso no folio real.

Aliás, se bem lidas às razões do recurso, não se vê, em nenhum momento, a apresentação de qualquer fundamento que embase o pedido do recorrente.

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019186-49.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOBUKO NOGUTI, é apelado 18º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 34.028)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 7 de julho de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA - REGISTRO DE CARTA DE ADJUDICAÇÃO – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO – ITBI QUE É DEVIDO PELA CESSÃO E PELA ADJUDICAÇÃO- IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DECADÊNCIA OU PRESCRIÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA – IMPEDIMENTO DO REGISTRO MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pelo 18º Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Capital sob o fundamento de que a carta de adjudicação levada pelo interessado a registro só pode ser efetivamente registrada, se forem recolhidos dois ITBIs: pela adjudicação compulsória e pela cessão definitiva dos direitos dos promitentes compradores.

A sentença recorrida entendeu corretas as exigências, ressaltando, ainda, que não cabe à instância administrativa declarar eventual prescrição ou decadência de crédito tributário.

Inconformado com a respeitável decisão, o interessado interpôs, tempestivamente, o presente recurso. Alega que a cobrança de dois ITBIs implica *bis in idem* e que há decadência do crédito tributário referente à cessão. Sustenta, ademais, que não há necessidade de recolhimento de ITBI em casos de adjudicação compulsória.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Como bem anotado na r. sentença recorrida, existe precedente deste Conselho Superior da Magistratura no sentido da obrigatoriedade do recolhimento do imposto, tanto na cessão quanto na adjudicação compulsória. Não há de se falar em bis in idem, pois os fatos geradores são diversos.

No julgamento da Apelação nº 0000027-02.2010.8.26.0238, de relatoria do Desembargador Maurício Vidigal, assinalou-se:

> "*É fato incontroverso nos autos a previsão contida no art. 3º, incisos V e XI, da Lei Municipal n. 003, de 1º de Fevereiro de 1989, quanto à obrigatoriedade do recolhimento de ITBI, tanto na cessão de direitos decorrente de compromisso de compra e venda, como na adjudicação.*
>
> *Assim, por expressa disposição legal, cabem dois pagamentos de impostos, havendo dever legal do Oficial Registrador em fiscalizar os respectivos recolhimentos nos termos do art. 30, inc. XI, da Lei 8.935/94 e do art. 289 da Lei n.6.015/73.*
>
> *Não é possível verificar a constitucionalidade de lei municipal na esfera administrativa, mas, apenas, exame da legalidade estrita.*
>
> *Nestes termos, ausente o recolhimento do imposto devido em razão da adjudicação do imóvel, como previsto na referida norma do município, inviável o acesso do título ao registro imobiliário.*

Jurisprudência - CSM

Acesso ao Sumário

Há precedentes do Conselho Superior da Magistratura no mesmo sentido do ora decidido, a exemplo das Apelações Cíveis n.1.145-6/0, Rel. Des. Luiz Tâmbara, j. 16/11/2009,914-6/3, Rel. Des. Ruy Camilo, j. 14.10.2008, e 365-6/7, Rel. Des. José Mário Antonio Cardinale, j. 06/12/2005."

Da mesma maneira, é cediço que o Oficial e o Corregedor Permanente, na seara administrativa, não podem decidir sobre prescrição ou decadência tributárias, matéria de cunho jurisdicional, que demanda o contraditório, perante o juízo competente, com a participação da Fazenda Pública. Notadamente ao Oficial cabe zelar pelo recolhimento do tributo.

Foi feliz o julgador de primeiro grau ao trazer à colação o voto do relator Desembargador Munhoz Soares na Apelação Cível de nº 1.221-6/8:

"*A prova do recolhimento do imposto de transmissão "inter vivos", porém, é requisito previsto nos artigos 289 da Lei nº 6.015/73 e 30, inciso XI, da Lei nº 8.935/94, e não pode ser dispensada (cf. CSM, Apelação Cível nº 579-6/3, da Comarca de Ribeirão Pires, de que foi relator o Desembargador Gilberto Passos de Freitas).*

Essa exigência, por sua vez, não é afastada pela alegação de prescrição porque o procedimento de dúvida tem natureza administrativa e não se presta para sua a declaração, até porque dele não participa o credor tributário. Nesse sentido foi o v. acórdão prolatado por este Colendo Conselho Superior da Magistratura na Apelação Cível nº 551-6/6, da Comarca de São Bernardo do Campo, de que foi relator o Desembargador Gilberto Passos de Freitas, assim fundamentado:

'Ademais, a prescrição e a decadência de tributos podem ser reconhecidas somente na via jurisdicional, pois extrapolam os estreitos limites deste procedimento administrativo de dúvida registrária. Assim decidiu este Conselho Superior da Magistratura nos autos da Apelação Cível nº 000.460.6/0-00, "verbis": Registro de imóveis - Dúvida julgada improcedente - Formal de partilha - Inexistência de prova do recolhimento do imposto de transmissão "causa mortis" - Prescrição do imposto que não pode ser reconhecida neste procedimento de dúvida, de que não participa a Fazenda do Estado - Provas, ademais, insuficientes para reconhecer a inexistência de causa interruptiva ou suspensiva da prescrição - Recurso provido para julgar a dúvida procedente.

(...)

Ao oficial de registro cumpre fiscalizar o pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício, na forma do art. 289 da Lei nº 6.015/73, e dentre estes impostos se encontra o de transmissão "causa mortis", cuja prova do recolhimento, ou isenção, deve instruir o formal de partilha.

Inexistente tal prova, correta a recusa manifestada pelo Sr. Oficial ao registro do título porque não tem, entre suas atribuições, a de reconhecer prescrição de crédito tributário. Neste sentido o seguinte trecho do v. acórdão prolatado por este C. Conselho Superior da Magistratura na Apelação Cível nº 154-6/4, da Comarca de Lorena, que relatei: "O art. 289 da Lei de Registros Públicos é categórico ao estabelecer que "cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício".

Por outro lado, não lhes compete, evidentemente, o reconhecimento de eventual prescrição de créditos tributários, matéria estranha, de todo, à atividade registrária. Cogita-se de questão que só pode ser objeto de discussão e decisão em esfera própria, a qual, sem dúvida, não coincide com o restrito âmbito de atuação dos registradores".

É inviável, ademais, o reconhecimento da prescrição neste procedimento de dúvida porque, a par da natureza administrativa, dele não participa o credor tributário que é o titular do direito cuja pretensão a apelada pretende seja declarada extinta".

Meu voto, à vista do exposto, nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000001-97.2012.8.26.0101, da Comarca de Caçapava, em que é apelante WANDERLEY GERMANO E SILVA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE CAÇAPAVA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "PREJUDICADA A DÚVIDA, NÃO CONHECERAM DO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 34.062)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR

MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 24 de julho de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – AUSÊNCIA DA VIA ORIGINAL DO TÍTULO – ÓBICE QUE PREJUDICA A DÚVIDA – EXAME, EM TESE, DA EXIGÊNCIA A FIM DE NORTEAR FUTURA PRENOTAÇÃO – ATA DE ASSOCIAÇÃO CIVIL – TÍTULO PASSÍVEL DE INGRESSO NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS E NÃO NO REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – PRECEDENTES – RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Wanderley Germano e Silva, que busca a reforma da r. sentença de fls. 16, que manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Caçapava relativa ao registro da Ata de Reunião do Marília Atlético Clube Cover no registro de títulos e documentos.

Afirma que o registro em questão é afeto à especialidade do registro de títulos e documentos, na forma do artigo 127, VII, da Lei nº 6.015/73, e não ao registro civil de pessoas jurídicas. Alega, ainda, que a ausência da via original do título não obsta seu registro.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou, em preliminar, pela remessa dos autos à Corregedoria Geral da Justiça, porque ausente a hipótese de registro em sentido estrito, e, no mérito, pelo não provimento do recurso (fls. 28/29).

É o relatório.

A preliminar levantada pela ilustrada Procuradoria Geral de Justiça não procede, uma vez que o ato perseguido pelo apelante sujeita-se a registro em sentido estrito, nos termos do artigo 127, VII, da Lei nº 6.015/73.

Competente, destarte, este C. Conselho Superior da Magistratura, conforme já se decidiu nos autos da Apelação Cível nº 23889-0/4.

O apelante não juntou a via original do título que pretende registrar. Esse fato, malgrado os r. argumentos do apelante, prejudica a dúvida e, por conseguinte, seu recurso, conforme tranquila jurisprudência deste Conselho[1].

Isso não impede, no entanto, o exame – em tese – da exigência formulada

Acesso ao Sumário

1 Apelações Cíveis 2.177-0,4.283-0, 12.439-0/6, 13.820-0/2, 16.680-0/4 e 17.542-0/2

pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos a fim de orientar futuras apresentações.

A pretensão do apelante encontra óbice no parágrafo único do artigo 127 da Lei nº 6.015/73, segundo o qual:

> *Caberá ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício.*

As Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, por seu turno, dispõem nos itens 3 e 3.1, do Capítulo XIX:

> *3. Caberá ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro Serviço.*
>
> *3.1. É vedado o registro de quaisquer atos relativos a associações e sociedades civis, mesmo que os atos constitutivos estejam registrados no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do próprio cartório.*

Ocorre que a Ata de Reunião do Marília Atlético Clube Cover, apresentada em cópia, porque relativo a associação, é passível de registro no Registro Civil de Pessoa Jurídica.

Inviável, assim, seu ingresso no Registro de Títulos e Documentos.

Nesse sentido:

> *Na espécie, o requerimento foi dirigido, equivocadamente, ao Anexo de Registro de Títulos e Documentos. Ainda que, sob o escopo de salvaguardar e garantir direitos, a pretensão esbarra no óbice do parágrafo único da Lei 6.015/73, que contempla a possibilidade de se efetivar no Anexo de Títulos e Documentos a realização de qualquer registro não atribuído expressamente a outro ofício.*
>
> *No caso dos autos, a natureza da pretensão, a despeito de sua propalada finalidade de conservação, deveria ser dirigida ao cartório em que assentado o registro civil da pessoa jurídica, que, por imposição legal (art. 114 da Lei n. 6.015/73), é o setor apto a proceder tal inscrição.*
>
> *A impossibilidade do acesso almejado decorre, portanto, da ausência de atribuição do Anexo de Títulos e Documentos para efetivar o registro (AP. Cível nº 23889-0/4).*

Nesse sentido, o r. parecer da Procuradoria Geral da Justiça.

Ante o exposto, prejudicada a dúvida, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000002-54.2013.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante EDSON FARALHI, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE BRAGANÇA PAULISTA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 34.039)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 16 de julho de 2014.

ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA – COINCIDÊNCIA ENTRE A DESCRIÇÃO CONSTANTE DO REGISTRO E DO TÍTULO QUE SE PRETENDE REGISTRAR – POSSIBILIDADE DE REGISTRO – DESNECESSIDADE DE CONDICIONAMENTO DO REGISTRO À PRÉVIA AVERBAÇÃO DE CONSTRUÇÃO – PRECEDENTES DESTE CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – DIVERGÊNCIA NA QUALIFICAÇÃO DAS PARTES QUANTO AO ÓRGÃO EXPEDIDOR DA CÉDULA DE IDENTIDADE DO VENDEDOR E NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DO CPF DA VENDEDORA QUE PODEM SER RETIFICADAS DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO SEGURA DAS PARTES – NECESSIDADE, CONTUDO, DE AVERBAÇÃO DO PACTO ANTENUPCIAL NO REGISTRO REFERENTE AO IMÓVEL – RECURSO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

EDSON FARALHI interpôs apelação contra a sentença das fls. 84/85, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Bragança Paulista, mantendo a recusa do registro, porque haveria necessidade de inserção da área de construção da casa negociada na escritura; de apresentação de fotocópia autenticada da cédula de identidade de Gilmar Furquim, e também do CPF de sua esposa, Lígia Marisa Furquim de Souza; de apresentação do pacto antenupcial formalizado pelo sobredito casal, com mostras de seu devido registro junto ao Oficial Imobiliário competente; e apresentação do último valor venal do imóvel, para efeitos de cálculo dos emolumentos devidos pelo registro que o caso vai exigir.

O apelante alegou que os óbices apresentados pelo Oficial não se sustentam, porque não há na lei qualquer motivo para impedir o registro da escritura translativa de domínio e, além disso, as exigências de cópias do Registro Geral de Gilmar e o CPF de Ligia, assim como do pacto antenupcial carece de qualquer fundamento, pois constam do registro 5 da matrícula do imóvel referidos dados (fls. 91/97).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 105/109).

É o relatório.

O Oficial sustenta, inicialmente, a necessidade de inserção da área de construção da casa negociada na escritura de venda e compra, por não constar nem do registro nem do título, o que impediria o atendimento ao disposto no Decreto 3.048/99.

Nesse aspecto, verifico que a descrição constante da escritura pública de venda e compra é idêntica àquela constante da matrícula.

Este Conselho Superior da Magistratura, recentemente, apreciou caso semelhante, na Apelação Cível n° 0000070-28.2012.8.26.0606, de 07 de fevereiro de 2013, merecendo destaque o seguinte trecho:

> "*Destarte, a falta de averbação da construção, dado estranho à matrícula e ao título, não representa óbice legítimo ao registro do instrumento particular de venda e compra. Quero dizer: o oficial de registro, nada obstante sua autonomia, extrapolou os limites do juízo de qualificação registral.*
>
> *Não se ignora a existência de precedente em outro sentido, expresso no julgamento da Apelação Cível n.° 1.136-6/0, em 08 de setembro de 2009, relator Desembargador Luiz Tâmbara, mas, nessa quadra, acede-se à orientação pretérita deste Conselho Superior da Magistratura, extraída do julgamento da Apelação Cível n.° 34.252-0/3, em 11 de outubro de 1996, relator*

Desembargador Márcio Martins Bonilha.

Oportuno, aqui, transcrever os seguintes trechos do acórdão paradigma:

O título descreve a construção conforme o que consta da matrícula, respeitada, portanto, a especialidade e o trato contínuo.

Se o lançamento fiscal da matrícula de área construída superior àquela averbada, tal não obsta o registro da venda e compra, pois que elementos estranhos ao título causal não ofendem o registro-suporte.

Se houve ampliação da construção, a correspondente averbação deverá ser feita oportunamente, à vista do "habite-se", e a requerimento do interessado, respeitado o princípio da instância, ocasião em que será exigível a comprovação da inexistência de débito junto ao INSS. (...)

Merece ser afastado, portanto, óbice que foi posto contra o pretendido registro, ficando assegurada ao interessado a possibilidade de requerer a averbação da construção oportunamente, quando deverá apresentar o habite-se e comprovar a inexistência de débito previdenciário".

Acrescento que a recusa do Oficial está fundamentada em informações emitidas pela Prefeitura Municipal, embora o registro e o título não descrevam a aventada construção, tudo a confirmar que não há óbice ao registro nesse aspecto.

Quanto à exigência de apresentação de cópias autenticadas da cédula de identidade de Gilmar Furquim e do CPF de sua esposa Lígia Marisa Furquim de Souza, do mesmo modo, deve ser afastada.

Com efeito, pesem embora a diligência e a cautela do Oficial, verifico ser possível identificar as partes de forma segura, com os demais elementos apresentados.

Oportuna é a lição de Alyne Yumi Konno, no sentido de que "nem sempre é imprescindível que esses elementos estejam no próprio título submetido a registro, podendo ser complementados por documentos hábeis, desde que não haja risco na identificação das pessoas envolvidas" (KONNO, Alyne Yumi. **Registro de Imóveis: teoria e prática.** São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007, p. 24).

De fato, há divergência quanto à informação sobre o órgão expedidor da cédula de identidade do vendedor Gilmar, pois da matrícula consta como origem Minas Gerais e da escritura pública consta São Paulo. Da mesma forma, a apresentação de documentos da vendedora era necessária, mas, no caso, os documentos apresentados permitem a segura identificação das partes, podendo

Acesso ao Sumário

tais dados ser retificados de ofício.

Nesse sentido já decidiu este Conselho Superior da Magistratura, na Apelação Cível n. 77.859-0/8, julgado em 02/08/2001, Relator e Corregedor Desembargador Luís de Macedo.

Carece de regularização, contudo, a averbação da convenção antenupcial dos vendedores, nos moldes do disposto no item 11, "b", "1", do Capítulo XX das NSCGJ e que repete os termos da Lei n. 6.015/76 (artigo 167, II, 1), óbice que deve ser mantido.

Posto isso, com as observações supra, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES (Desembargadora)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Caio Marcelo Mendes de Oliveira e Luiz Antonio Coelho Mendes. (Sessão solene de 24.06.14)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI, DIGNÍSSIMO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR EROS PICELLI, DIGNÍSSIMO VICE-PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

E, EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR HAMILTON ELLIOT AKEL, DIGNÍSSIMO CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

Em suas insignes pessoas, peço vênia, para cumprimentar as autoridades civis e militares, cujos nomes já foram declinados pelo cerimonial, presentes a esta solenidade de posse dos Desembargadores:

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA

e

LUIZ ANTONIO COELHO MENDES.

Ilustres Magistrados, Promotores de Justiça, Advogados, Funcionários, Senhoras e Senhores.

Senti-me, profundamente, honrada com o convite de Sua Excelência, o Presidente Desembargador **JOSÉ RENATO NALINI**, para, em nome desta Augusta Corte de Justiça, saudar os novos desembargadores que, agora, passam a integrá-la.

Acesso ao Sumário

Não é tarefa fácil saudar os ilustres colegas ora empossados e encontrar

as palavras que, realmente, definam a sua longa caminhada até alcançarem o mais alto cargo da Magistratura Bandeirante, como juízes exemplares, éticos, cumpridores de suas obrigações e ciosos da importância de sua função perante o jurisdicionado.

Chegam os novos desembargadores ao Tribunal de Justiça, em momento especial para a sociedade brasileira, que está a protagonizar uma crise de identidade, de falta de líderes responsáveis, comprometidos com o bem público, e, principalmente, de falta de autoridade dos Poderes da República, revelada nos protestos violentos e nos atos de vandalismo praticados por cidadãos revoltados e descontrolados, que, longe de defender os seus direitos e as suas posições, pela manifestação pacífica garantida pela Constituição Federal, em prol de melhores condições de saúde, educação, moradia, etc..., destroem, com requintes de maldade e de crueldade, o patrimônio público e o patrimônio privado, prejudicando e colocando em risco a vida e a integridade física de cidadãos trabalhadores e cumpridores de suas obrigações e causando prejuízos materiais de milhões de reais, que mais dia menos dia, serão pagos por todos nós.

O Poder Judiciário, como não poderia deixar de ser, também, sofre as consequências do caos social e da falta de uma educação de qualidade, o que vem gerando um excesso de demandismo, pois as pessoas não conseguem resolver entre si o mais simples dos conflitos e consideram a judicialização a solução para todos os seus problemas e um meio de obter vantagem pecuniária, consubstanciada em indenização por qualquer tipo de aborrecimento, mesmo os mais triviais.

Neste momento conturbado, mais de 100 milhões de processos tramitam no Brasil, dos quais 20 milhões em tramitação nos foros da Justiça Comum Estadual de São Paulo, segundo estatísticas, consumindo só no nosso Estado mais do que o orçamento do ano de 2014 fixado em R$ 6,5 bilhões de reais.

Com milhares de processos para decidir e a exigência de contínua e elevada produtividade pelo órgão de controle do Judiciário, para o Juiz de hoje, a análise criteriosa de cada caso passou a ter papel secundário, o importante é produzir a qualquer custo e de qualquer forma, porque o que importa não é mais a qualidade das decisões judiciais, não e mais **"dar a cada um o que é seu"**, e, sim, a quantidade, mesmo que isso signifique a preponderância da **INJUSTIÇA** e das decisões teratológicas e absurdas.

São tempos de incerteza e de perseguições, onde o Magistrado é obrigado a se despir de sua toga, travestindo-se em um operário de linha de produção em massa, que se limita a aplicação de súmulas, de precedentes, de decisões padrão, buscando, única e exclusivamente, atingir a produtividade estabelecida por critérios duvidosos, sem nenhum vínculo com a verdadeira Justiça, pena de

Noticiário

Acesso ao Sumário

ser execrado pelos seus pares.

A Justiça tardia, sem dúvida, não é justiça, mas a injustiça rápida demais, também, não o é. E, pior, a injustiça quando oriunda de decisão de Segunda Instância, no mais das vezes, é definitiva, não sujeita a outros recursos.

Este o grande dilema do Juiz de hoje, um Juiz premido entre o ideal de fazer Justiça, gravado no mais profundo de seu ser, o enorme número de processos sob sua jurisdição e a exigência de produtividade superior às suas forças e ao tempo disponível, impondo-lhe trabalho incessante dia e noite, nos finais de semana e nos feriados, minando a sua saúde, provocando intensa ansiedade pela constante sensação de que não conseguiu cumprir a sua tarefa diária e a prejudicar a convivência com seus familiares e amigos.

A propósito, o renomado psiquiatra e escritor Augusto Cury, ao tratar de um dos males que afligem a sociedade, no século XXI, a ansiedade, em obra de sua autoria, observa com relação, especificamente, ao Juiz:

"...há classes de profissionais voltados para a sustentabilidade do funcionamento da sociedade que têm uma sobrecarga de trabalho inumana. Entre elas gostaria de ressaltar duas: a dos juízes (magistrados) e dos promotores de justiça. É surpreendente que os governos federal e estaduais não atentem para a qualidade de vida desses diletos profissionais.

Os juízes parecem enxugar gelo sob o sol do meio-dia numa sociedade conflituosa, que, vitimada pela SPA (Síndrome do Pensamento Acelerado) e pelas armadilhas da mente, tem pouca habilidade para proteger a sua emoção e resolver conflitos pacificamente, optando por instrumentos jurídicos processuais. São mais de 100 milhões de processos no Brasil para um número inexpressivo de menos de 20 mil juízes. Incontáveis magistrados, justamente por serem altruístas, destroem sua saúde física e emocional trabalhando à noite, sacrificando suas famílias, seus filhos, seus finais de semana e até os seus feriados.

Muitos deles, além disso, sofrem com ameaças externas; mas o primeiro e o pior inimigo é mesmo o que vem de dentro, decorrente do esmagamento da qualidade de vida pela sobrecarga do trabalho intelectual exercido. A Síndrome do Pensamento Acelerado os leva a ter fadiga ao acordar, cefaleia, dores musculares, ansiedade, sofrimento por antecipação, transtorno do sono, déficit de memória. Como teremos uma sociedade justa e fraterna se somos injustos exatamente com aqueles que se encarregam de fazer justiça? É necessário dar atenção a todos os profissionais do sistema judiciário." (in Ansiedade, como enfrentar o mal do século, Ed. Saraiva, São Paulo, 4ª. tiragem, 2014, pag. 143/144).

Com certeza, os nobres Desembargadores **CAIO MARCELO** e **LUIZ ANTONIO**, ora empossados, galgaram os degraus de suas brilhantes carreiras, na busca incessante da solução mais justa para cada conflito e angustiados pela

impossibilidade do cumprimento de metas inatingíveis, com muita persistência, estudo, noites não dormidas e renúncia ao convívio familiar e social, e, hoje, cercados dos seus queridos familiares, amigos e colegas, como vencedores de uma grande batalha, chegam a seu ápice e, merecidamente, são laureados com o "Colar do Mérito Judiciário".

Aos Desembargadores **CAIO MARCELO** e **LUIZ ANTONIO**, ora empossados, que irão compor, de forma permanente, e engrandecer este Tribunal, credor do merecido prestígio de ser um colegiado que eleva e dignifica a Magistratura Paulista e as instituições do Estado de São Paulo, as nossas congratulações e votos de pleno sucesso, como coroamento de suas carreiras ímpares, profícuas e virtuosas.

Sejam bem-vindos:

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Guarulhos, Turma de **1977**, ingressou na Magistratura no ano de **1986**, tendo sido designado para a **Comarca de Jundiaí**.

E, desde então, vem exercendo de maneira exemplar a nobre função de julgar, nas Comarcas onde atuou: Cerqueira César, Salto, Itu e Capital, onde foi titular da 23ª. Vara Cível Central e da 2ª. Vara de Falência e Recuperação Judicial.

Seus familiares e amigos se orgulham de vê-lo entre nós integrando a mais alta Corte de Justiça do Estado, em especial, seus queridos pais **GLAUCO ANTONIO DE OLIVEIRA e REGINA MARIA MENDES DE ALMEIDA OLIVEIRA**, sua esposa **REGINA APARECIDA AZEVEDO MENDES DE OLIVEIRA** e seus filhos, **FELIPE AZEVEDO MENDES DE OLIVEIRA e DANIEL AZEVEDO MENDES DE OLIVEIRA**.

LUIZ ANTONIO COELHO MENDES, bacharel em Direito pela Faculdade Metodista de Piracicaba, Turma de **1979**, ingressou na Magistratura no ano de **1985**, realizando um sonho por muitos anos acalentado, tendo sido designado para a **Comarca de Avaré**, onde iniciou a sua carreira de Magistrado de escol voltado ao cultivo do Direito e à realização da justiça. Seus queridos pais, **ANTONIO LÁZARO COELHO MENDES, advogado militante, e NEUSA NOGUEIRA COELHO MENDES, professora,** se ainda estivessem entre nós, sua esposa **CÉLIA MARIA CORREA DE OLIVEIRA SANTOS MENDES**, e seus filhos **MARCELO COELHO MENDES, MARIANA COELHO MENDES e DENISE COELHO MENDES,** sem dúvida, compartilham da sua alegria ao se promovido ao elevado cargo de Desembargador.

Finalizando esta breve oração, na esperança de que novos tempos virão

Noticiário
Acesso ao Sumário
Noticiário
Acesso ao Sumário

em que a JUSTIÇA triunfará sobre a INJUSTIÇA e em que teremos uma sociedade mais justa e mais equilibrada, na divisão de riqueza e no acesso aos bens básicos para que todos os brasileiros tenham uma vida digna, auguro que os novos Desembargadores sejam felizes e que a providência divina sempre os abençoe e ilumine.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES
DESEMBARGADORA

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Juiz Substituto em Segundo Grau)

Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 24.06.14).

Exmo Sr. Des. José Renato Nalini, Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado, na pessoa de quem saúdo as demais autoridades aqui presentes.

Meus caros colegas, parentes e amigos

Com outros 38 colegas ingressamos na Magistratura Paulista, como juízes substitutos, em junho de 1986. Parece que foi ontem, mas lá se vão 28 anos. Daqueles queridos amigos, lembro com saudade dos que já não estão conosco, levados precocemente, o Paulo Benevene, o Luís Otávio Camacho, o Mariano Cassavia e o Trajano Bernardes. Da nossa turma, hoje já estão alguns aposentados e outros continuam integrando a carreira, quer em 1° grau, quer neste Tribunal.

Acesso ao Sumário

Na ocasião eu só tinha o meu filho mais velho, Felipe, com 3 anos, hoje já médico e o segundo, Daniel, já encomendado, que nasceu só em novembro, hoje engenheiro.

Mas me lembro, não obstante o tempo que passou, de ter lido na ocasião o texto de palestra dada pelo Des. Antonio Joaquim de Oliveira, aos juízes substitutos e de investidura temporária, aprovados no 150° concurso de ingresso na magistratura do estado, no ciclo de orientação inicial organizado

pelo conselho.

E dizia o eminente magistrado:

“Numa breve introdução, queria dizer aos que se iniciam que há na magistratura juízes sábios, há na magistratura juízes mestres, há na magistratura juízes filósofos, há na magistratura juízes doutrinadores. Há também na magistratura doutrinadores e juízes; mestres e juízes; filósofos e juízes. A conjunção aditiva indica bem que, em alguns casos, a magistratura se adiciona a outras atividades (...)

Mas há na magistratura um grupo, e eu diria que é a maioria, de juízes que, sem esses predicados, se dedicam a ela com amor e afeição. Procurando suprir as deficiências da cultura com um trabalho árduo, e às vezes até mesmo as deficiências da inteligência com uma dedicação exemplar, são esses juízes verdadeiros artesãos, verdadeiros artífices, homens que, se pudermos ficar na imagem do artesanato, homens que, manuseando a inteligência, vão fazendo um trabalho de verdadeiro artesanato.

Diante do caso concreto, se desdobram para construir o mosaico que o quadro sugere para se justapor ao Direito que entendem justo. São homens que, na realidade, não constituem a cumeeira da magistratura, mas procuram, com muito zelo, com muito carinho, com muito cuidado, fazer dela uma carreira que dignifique o país. São eles, por outro lado, aqueles que na verdade contribuem para a formação da jurisprudência. São eles que, de certa forma, criam o chamado Direito Pretoriano e ninguém deve se admirar se eu disser que são esses trabalhadores, artesãos do Direito, que por vezes provocam os grandes estudos e, por absurdo que pareça, são eles, às vezes, que movimentam os luminares do Direito para que criem e façam surgir as normas do Direito que o Direito Pretoriano criou.

Gostaria de dizer aos senhores que essas palavras me sensibilizaram na ocasião e aquela figura do juiz artesão ficou sempre presente na minha mente e na minha atividade durante todos esses anos.

Nomeado inicialmente para Jundiaí, me promovi, pela 1ª vez, em 1987, para a pequena Cerqueira César. Cidade querida, com um fórum impecavelmente arrumado e florido, de onde saí, com dor no coração, deixando amigos e minha admiração por aquela gente simples, mas extremamente leal e hospitaleira.

Noticiário

Acesso ao Sumário

Mas adotei o interior do Estado de São Paulo como minha morada e de minha família. Foram mais 14 anos ali, primeiro em Salto, então contando com uma única Vara, que assumi em janeiro de 1989, com uma quantidade quase invencível de trabalho. Lá fiz de tudo o que se pode fazer na judicatura do interior: fui juiz criminal, cível, de família, previdenciário, eleitoral, corregedor da polícia, da cadeia pública, dos cartórios extrajudiciais, presidente do tribunal do júri e juiz de menores, no tempo do código de menores. Em meio a esse turbilhão de tarefas, o que me acalentava era o convívio com a minha mulher e meus filhos, além da inestimável contribuição dos serventuários e servidores do fórum. Tudo para exercer bem a magistratura, distribuindo justiça.

E gostei imensamente da região, acabando por me pro1nover para a 3ª entrância em Itu, terra muito querida, onde convivemos por 11 anos, tendo a grata satisfação de ter participado ou presidido, ainda no tempo das urnas de pano, vários pleitos eleitorais e onde recebi, com muito orgulho, o título de cidadão, que guardo até hoje com muito carinho na memória. Carinho que também tenho sempre presente em relação aos antigos colegas, dentre eles os meus prezados Edson Luís, Andrea e Marcos Machado, Ottoni, Edward Simeira, Caio Filardi e Minhoto. É com imensa alegria que tenho alguns deles aqui presentes hoje, nesta data festiva.

E foram inúmeros os bons funcionários, os excelentes serventuários, o meu querido escrivão Luís Antonio, a D. Amélia do eleitoral, e o Antonio Tedeschi, hoje Juiz de Direito em Botucatu.

Com enorme tristeza por deixar Itu, para prosseguir na carreira, me promovi para São Paulo, na antiga entrância especial, inicialmente para a titularidade da 23ª Vara Cível, no foro central, onde passei cerca de 5 anos, contando sempre com a colaboração enorme dos meus queridos funcionários até que, por remoção, finalmente, instalei e assumi a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Estado, pioneira junto com a 1ª, excelente ideia da então presidência do E. Tribunal de Justiça, providência muito necessária para o aprimoramento da prestação jurisdicional em área tão sensível como é a falimentar.

Mais uma vez, contei com a colaboração e o carinho de uma equipe de funcionários primorosa, muito dedicada e fiel, comandada pela querida diretora Alesçandra, que me acompanha há mais de 14 anos. A ela e a eles a minha eterna gratidão.

Noticiário
Acesso ao Sumário

E agora um novo desafio, uma nova casa. A última promoção da carreira, estou contente por ter sido muito bem recebido pelos novos colegas, particularmente pelos membros da 32ª Câmara de Direito Privado, os colegas Rui Coppola, Francisco Occhiuto, Fernando Nishi e Kioitsi Chicuta, dos quais conto com a compreensão em relação às minhas deficiências.

Quero ainda expressar o meu agradecimento aos amigos e parentes que prestigiaram esta sessão solene, juntamente com os meus entes queridos, minha esposa, filhos, mãe e irmãos, sentindo a falta de meu saudoso pai, falecido há tempos.

Recentemente, uma jovem advogada me deu de presente o livro de Michael J. Sandel, professor de Harvard, que escreve que se distribui justiça para aumentar o bem-estar da sociedade, respeitar a liberdade do indivíduo e promover a virtude. É isso que peço a Deus que me dê capacidade de continuar fazendo

Muito obrigado.

LUIZ ANTONIO COELHO MENDES (Juiz Substituto em Segundo Grau)
Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 24.06.14).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador José Renato Nalini, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades aqui presentes.

Meus queridos amigos e familiares. Meus senhores e senhoras.

Agradeço, inicialmente, a confiança depositada pelo Conselho Superior da Magistratura e Órgão Especial do Tribunal de Justiça para a minha promoção a este elevado cargo de Desembargador deste Tribunal de Justiça.

Sabendo que iria discursar, tinha comigo que seria uma tarefa difícil, principalmente pela emoção deste momento.

Vamos tentar.

Noticiário

Acesso ao Sumário

Ao ser promovido a tão elevado degrau da carreira, me lembrei da época da minha aprovação no concurso de juiz substituto, quando da solenidade de posse, em novembro de 1985.

Dois anos depois, retornei a este Tribunal para a solenidade de vitaliciamento, já como Juiz de primeira entrância.

Já havia iniciada o que, para mim, era o primeiro degrau da carreira, uma escada, que se sucederam na caminhada, degrau a degrau, para a segunda, terceira entrância e a entrância especial, na Capital, com a remoção ao cargo de Juiz Substituto de 2° Grau.

Nisso foram quase três décadas, para aqui retornar pela última vez, como protagonista, para assumir o almejado cargo de Desembargador.

E nessa oportunidade me cabe reafirmar o juramento feito quando da posse como Juiz Substituto de cumprir e fazer cumprir as leis e julgar de acordo com a minha consciência, sentindo, hoje, como se tudo começasse outra vez.

Mas esse momento não seria possível sem a dedicação de todos os funcionários das comarcas onde judiquei, que possibilitaram de eu estar aqui hoje. Em cada comarca, em cada cartório, era um aprendizado. Isso servia para extrair aquilo que funcionava, que agilizava os serviço, aplicando-o em outros cartórios.

Também tenho que agradecer a classe dos advogados, a qual já integrei, assim como meu pai e meu filho.

Durante a minha carreira tive o prazer de conhecer inúmeros profissionais que exerciam a sua nobre função com combatividade, mas com lealdade. Pessoas que sempre honraram a profissão que abraçaram.

Ao longo da carreira sempre tive, também, a companhia de Promotores de Justiça dedicados, cujo relacionamento sempre foi cordial, possibilitando a realização efetiva da Justiça.

Em especial, deixo o agradecimento a todos os colegas Magistrados com

os quais tive o prazer de conviver e trabalhar, usufruindo do ensinamento e da sabedoria deles, numa troca de experiência e conhecimento.

Agradeço as assistentes e escreventes do meu gabinete que, desde a minha remoção ao cargo de Juiz Substituto em 2° Grau estão comigo, ajudando a enfrentar os processos a mim distribuídos.

Eu tenho que pedir desculpas e não só agradecer, a minha esposa Célia e meus filhos, Marcelo, Mariana e Denise, por todo apoio que sempre recebi. As desculpas são pelos momentos de convivência que não tivemos em razão do trabalho. Foram bastante compreensivos.

Por fim agradeço àqueles que a vida prematuramente me tirou, principalmente meus pais. Mas, essas pessoas certamente, em espírito, sempre estiveram presentes, inclusive hoje.

A todos os presentes, meu muito obrigado.

Acesso ao Sumário